



## Código de Defesa do Consumidor: Sanções Administrativas e Penais (\*)

SIDNEI AGOSTINHO BENETI

*Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

**À memória do Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, amigo e Mestre desde a "velha e sempre nova Academia"**

### 1.<sup>a</sup> Parte: A Palestra

#### I — GENERALIDADES:

1. Uma lei em boa hora; 2. A defesa do Consumidor; 3. A proteção ao consumidor mais forte.

#### II — SANÇÕES ADMINISTRATIVAS:

4. Distribuição de competências (art. 55); 5. A ação dos *lobbies*; 6. Tendência à estatização burocrática; 7. A linguagem dos vetos presidenciais; 8. Órgãos normativos (arts. 55, 105 e 106); 9. Atribuições concorrentes; 10. Comissões Permanentes (art. 55, § 3.º); 11. Desobediência (art. 55, § 4.º); 12. Desobediência ao Promotor de Justiça; 13. Desobediência: sujeito passivo; 14. Desobediência: o segredo industrial; 15. Rol das sanções administrativas (art. 56, I a XII); 16. Cumulação da sanção (art. 56, parágrafo único); 17. Aplicação cautelar (art. 56, parágrafo único); 18. Multa administrativa (art. 57); 19. A operacionalização do produto arrecadado; 20. A correção do valor da multa; 21. O direito à ampla defesa (arts. 58 e 59); 22. Contrapropaganda (art. 56, XII); 23. Reincidência (art. 59, § 3.º); 24. Custo e forma da contrapropaganda.

#### III — INFRAÇÕES PENAIS: GENERALIDADES

25. A utilização do Direito Penal; 26. Dificuldades do Direito Penal Econômico; 27. A tipicidade penal; 28. Sujeitos e objeto material; 29. Responsabilidade penal pessoal; 30. Elemento subjetivo; 31. Elementos normativos; 32. Normas penais em branco; 33. Crimes dolosos e culposos; 34. Prescrição.

#### IV — INFRAÇÕES PENAIS: OS CRIMES ESPECIAIS

35. Crimes contra as relações de consumo; 36. Colocação de produtos impróprios no mercado (art. 62); 37. Omissão de alerta na publicidade (art. 63); 38. Nocividade ou periculosidade posteriormente conhecida (art. 64); 39. Deixar de retirar produtos do mercado (art. 64, parágrafo único); 40. Serviço de alto grau de periculosidade (art. 65); 41. Informação falsa sobre produto ou serviço (art. 66); 42. Patrocínio da oferta (art. 66, § 1.º); 43. Patrocínio culposo de oferta (art. 66, § 2.º); 44. Publicidade enganosa ou abusiva (art. 67); 45. Os números das reclamações do consumidor; 46. Propaganda prejudicial ou perigosa (art. 68); 47. Organização de dados da propaganda (art. 69); 48. Emprego de peças e componentes usados (art. 70); 49. Cobrança de dívidas de forma abusiva (art. 71); 50. Impedimento de acesso a informações e omissão de correção de dados (arts. 72 e 73); 51. Recusa de entrega do termo de garantia (art. 74); 52. Responsabilidade pessoal do diretor, administrador ou gerente (art. 75); 53. Circunstâncias agravantes (art. 76, I); 54. Circunstâncias agravantes (art. 76, II); 55. Circunstâncias agravantes (art. 76, IV); 56. Circunstâncias agravantes (art. 76, V); 57. Pena pecuniária (art. 77); 58. Penas alternativas (art. 78); 59. Fiança (art. 79); 60. Assistentes do Ministério Público (art. 80).

#### IV — CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PALESTRA:

61. Referências; 62. Agradecimentos.

\* Palestra em Ciclo de Estudos do Código de Defesa do Consumidor, realizada pelo Banco Itaú S.A. no dia 19.9.1990. Texto refundido quando da revisão.



## 2.<sup>a</sup> Parte: Os Debates

### I) DR. CLAUDIO SALVADOR LEMBO:

63. Peculiaridades da linguagem das leis atinentes ao consumidor; 64. Lei em ciclos “romântico” e “clássico”; 65. O avanço legal e o trabalho do Judiciário.

### II) DR. ARIIVALDO MANOEL VIEIRA:

66. Amplitude dos tipos penais e linguagem; 67. “Imediatamente” e concurso formal do crime de desobediência (art. 64, parágrafo único); 68. A Polícia como “Primeira Instância” e a divulgação da Imprensa; 69. Fazer afirmação falsa: forma culposa (art. 66, § 2.º); 70. A maturidade da aplicação prática do Código; 71. O uso do “condicional” para crime doloso (art. 67); 72. Dupla penalidade (art. 78, II); 73. Renascimento de penas acessórias (art. 78, II); 74. Inaplicabilidade de penas de difícil execução.

### III) DR. LUCIANO DA SILVA AMARO:

75. Preocupação com os executores diretos da lei; 76. Linguagem: “imediatamente” e “indevidamente”; 77. Informação “relevante” (art. 73); 78. Serviço de “alto” grau de periculosidade (art. 65); 79. A redação da parte penal.

### IV) DR. ARIIVALDO MANOEL VIEIRA:

80. A influência possível na origem do texto legal (art. 71); 81. A notificação prévia no caso de delito de apropriação indébita (art. 71); 82. — “Trabalho, descanso ou lazer”.

### V) DR. LUCIANO DA SILVA AMARO:

83. Sigilo bancário; 84. — Termo de garantia (art. 74).

### VI) DR. MANOEL FERNANDES DE REZENDE NETTO:

85. Falta de sistematização legal; 86. Os vetos da contrapropaganda; 87. Os vetos sobre a competência administrativa; 88. Outras incongruências dos vetos; 89. O ativismo de duas épocas: o choque entre a redação dos Projetos e a redação dos vetos; 90. Incoerência em outros casos da legislação recente.

### VII) PLATÉIA — REPRESENTANTE DE COMPANHIA DE SEGUROS:

91. A reposição de peças em consertos.

### VIII) DRA. MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES:

92. Encerramento e agradecimento; 93. Agradecimentos do expositor.

## 1.<sup>a</sup> Parte: A Palestra

### I — GENERALIDADES

1. **Uma lei em boa hora** — Muito grato pela apresentação, realizada pela prezada Dra. Maria Elizabete Vilaça Lopes e grato pelo convite formulado por intermédio do Dr. Claudio Salvador Lembo. Agradeço esta oportunidade de dirigir-me a profissionais que serão os primeiros consumidores do Código do Consumidor. Aqui está, creio, reunido um grupo de profissionais que vai enfrentar os primeiros problemas concretos, logo após surgidos com os que estiverem atrás dos balcões, tratando diretamente com os clientes, que serão como que clientes novos, já que agora municiados de vários instrumentos novos pelo Código.

O Código de Defesa do Consumidor, lei que ainda está em exame apenas abstrato, porque somente entrará em vigor em março do ano que vem, procurou cercar todo o campo de atividades que compõem o denominado consumo de algumas medidas que estabelecem as garantias do consumidor. E procurou em boa hora, pois a proteção ao consumidor é um dos indicativos de nível superior de civilização de um povo, redundando, também, em aprimoramento da produção e das relações sociais.

É importante e digna dos maiores elogios a atividade desenvolvida por abnegado grupo de Juristas, Administradores e Parlamentares, especialmente de São Paulo, que levou adiante a elaboração do Projeto de Lei, concretizando importante passo no caminho da modernização nacional, por intermédio de lei discutida e votada pelo Parlamento e promulgada pelo Presidente da República, vale dizer, por lei realizada no conforto da normalidade legislativa. Sem dúvida, há muito de ideal, algumas vezes até de “romântico” na lei, como falava há pouco com o Dr. Cláudio Lembo, mas é muito bom que exista essa lei, de extraordinários benefícios concretos na melhoria das condições de convivência no país, ante o só fato da sua existência.

Farei considerações críticas, mas elas apenas significam a natural crítica da obra já feita, tão fácil, aliás, de fazer, se comparada com as imensas dificuldades de realizar a obra que, de qualquer modo, é sempre melhor que tenha sido feita, concretizando avanços e fornecendo base segura para os aprimoramentos,



do que ter sido omitida, deixando campo normativo aos azares do vazio, sempre preenchido pela mais pura e rude lei das relações selvagens.

Consigno, ao início de minhas palavras, à visão positiva do Código, meu aplauso a seus elaboradores e minha firme intenção de ajudar a levá-lo à implantação prática.

**2. A defesa do consumidor** — O Código de Defesa do Consumidor, em todos os seus aspectos, evidencia tomada de posição muito decidida em prol do ser “difuso” chamado consumidor, tanto que o Código não foi qualificado de Código de “Relações de Consumo”, mas, decididamente, de “Defesa do Consumidor”, que foi desenhado com clara característica de hipossuficiência, de um ser que precisa ser protegido.

O consumidor foi visto como a parte mais fraca nas relações de consumo, de maneira que a proteção legal incidiu em seu favor, deu-lhe tratamento sem dúvida privilegiado diante do fornecedor, em tantos pontos decididamente desfavorecido com presunção legal de atuação de quase-má-fé. Seja como for, essa clara opção por uma das partes deverá ser levada em consideração na aplicação da lei, especialmente no caso de vacilação da prova, por conexão com o disposto no art. 5.º do Código Civil, que determina que na interpretação da lei o Juiz atenda “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Os fins sociais e o bem comum militam em prol de uma das partes das relações de consumo, o consumidor, por muito definida opção legal.

**3. A proteção ao consumidor mais forte** — Essa idéia de proteção à parte mais fraca, no tocante ao Direito Penal, influenciou a última alteração da Parte Geral do Código Penal, de modo a minorar em muito as consequências do cometimento de crimes patrimoniais, vendo-se nos seus autores a parte mais fraca do embate social, a marginalidade desassistida que alcança o patrimônio alheio como que em única forma de aquisição de bens de acesso lícito proibido. Esse ideário também nutre o Código do Consumidor, em que, no entanto, aparece com vigor maior nem sempre evidente em outras leis, alinhando o “Direito do Consumidor” ao lado de direitos tutelares como o Direito do Trabalho e o Direito do Menor. Mas o Código do Consumidor, a exemplo do que ocorre com o Direito do Trabalho, que pode vir a amparar o rico empregado contra o patrão pobre, também, em muitos casos, virá a privilegiar o consumidor economicamente poderoso diante do fornecedor de menores forças.

## II — SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

**4. Distribuição de competências (art. 55)** — As sanções administrativas estão inseridas no Capítulo VII, integrante, lembre-se, do Título I, que trata “Dos Direitos do Consumidor”, vale dizer: o consumidor tem direito, de natureza pública, de ver aplicadas as sanções administrativas contra o fornecedor que lhe infrinja qualquer direito decorrente das relações de consumo enumeradas nos artigos 6.º e 7.º do Código.

O artigo 55, que começa a parte administrativa, estabelece competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, para baixar “normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”. Essa discriminação constitucional de competência está nos arts. 21 a 24 da Constituição Federal, de modo que o novo dispositivo evidentemente não era necessário. A competência já estava expressamente assegurada por uma regra que reforça todas as demais, a do inc. V, do artigo 24, da Constituição Federal, que estabelece a concorrência de competência de todos os entes federados, inclusive o município, para legislar sobre “produção e consumo”. O que se pode antever, se o Código “pegar”, para usar um termo que vi em documento preparado para um simpósio realizado pela Agência Salles Interamericana, se esse Código “pegar”, o que vai depender muito da força, agora, dos grupos de pressão que o prestigiaram no Congresso atual, se esse Código “pegar”, devemos estar preparados para uma certa quantidade de leis novas em cada uma das áreas, naturalmente pressionadas pela sempre atraente ocasião de criação de órgãos e respectivos cargos públicos destinados à execução de novas atribuições.

**5. A ação dos lobbies** — Não se pode esquecer a ação dos *lobbies* nesse ponto, particularmente sensível à sua ação. Os *lobbies*, aliás, têm freqüentado toda a matéria atinente ao consumidor, até mesmo os vetos presidenciais ocorridos há menos de uma semana, tanto que, em entrevista de anteontem, o Secretário de Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo, Professor Paulo Salvador Frontini, homem de grande respeito pessoal, além de especialista da

matéria e intelectual de renome, Professor que é de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi incisivo em dizer que alguns vetos são técnicos e outros são produto de *lobbies* muito fortes que se formaram.

Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor também é produto de *lobbies* muito fortes, tanto que é produto direto, entre nós, do trabalho do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, criado pelo Dec. n.º 1.469, de 24.7.1985, alterado pelo Dec. n.º 94.507, de 23.6.1987, Conselho esse integrante de elenco de Conselhos que se formaram logo após o governo do último Presidente militar, formando força política que vem provocando uma alteração muito funda na legislação brasileira.

**6. Tendência à estatização burocrática** — No embate desses *lobbies* é que estará a resposta a questão de extremo interesse no tocante às sanções administrativas, consistente no grau de estatização a ser verificado na prática, por intermédio da pluralidade de órgãos públicos envolvidos, inclusive os de tradição mais elevada e nobre, como o Ministério Público, que, afinal de contas, pela lei, como aprovada, sem os vetos, teria até o poder de “controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral” (art. 51, § 3.º), bem como teria o poder de “controle preventivo das cláusulas gerais nos contratos de adesão” (art. 54, § 5.º).

Um perigo essa estatização sutil, que se exerce pela burocratização compulsória, tão à moda da formação do Estado brasileiro. Veja-se o incontido desejo de controle estatal, na redação do § 3.º, do art. 55, que estabelece a obrigatoriedade de manutenção de comissões permanentes para elaboração de normas pelos “órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo”. É uma síntese de propósitos bem à maneira brasileira, em que as noções de “conservador”, “progressista”, “Regime Militar”, “Nova República” e outras se igualam na mesma opção prática por fiscalizar e controlar mercados, entre os quais o mercado de consumo...

**7. A linguagem dos vetos presidenciais** — Ainda lembrando os recentíssimos vetos presidenciais, há um registro interessante que é o da linguagem dos vetos, que muitas vezes não observa a sobriedade técnica. Veja-se o veto ao inc. X, do art. 39: “O princípio do Estado do Direito (Constituição Federal art. 1.º) exige que as normas legais sejam formuladas de forma clara e precisa, permitindo que os seus destinatários possam prever e avaliar as consequências jurídicas de seus atos. É, portanto, inconstitucional a consagração de cláusulas imprecisas, sobretudo em dispositivo penal”. É uma redação realmente dura, a exemplo de outras usadas nos vetos, como a dos vetos aos aludidos arts. 51, § 3.º, e 54, § 5.º, parecendo que os *lobbies* acabaram produzindo carga de emoção no redator dos vetos.

**8. Órgãos normativos (arts. 55, 105 e 106)** — O artigo 55, procurando ordenar a atividade dos entes federativos, estabelece que eles “baixarão normas em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa”.

Na área federal, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, órgão de cúpula do sistema nacional de defesa do consumidor (art. 105), da Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, possui competência, cuja enumeração constitui um roteiro para verificação de possíveis atividades de defesa do consumidor.

O art. 106 do CDC, dispondo a respeito das atribuições do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, enumera uma série de atividades que deverá desenvolver em defesa do consumidor, destacando-se a atinente à política nacional (inc. I), ao trabalho com consultas, denúncias e sugestões (inc. II), orientação permanente sobre direitos (inc. III), informação, conscientização e motivação por intermédio dos meios de comunicação (inc. IV), solicitação de inquérito policial (inc. V), representação ao Ministério Público (inc. VI), informação administrativa de violações (inc. VII), solicitação de auxílio a órgãos públicos (inc. VIII), incentivo à formação de entidades de defesa do consumidor (inc. IX) e solicitação de concurso de entidades técnicas (parágrafo único).

No tocante às sanções administrativas, duas atividades desse Departamento se destacam: “VII — levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores” e “VIII — solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como



auxiliar a fiscalização de preço, abastecimento, quantidade e segurança de bens de serviços”.

Pode-se dizer que, no âmbito estadual e municipal, poderão ser criados órgãos de natureza análoga, com objetivos semelhantes aos do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor. No Estado de São Paulo, funcionam atualmente a Secretaria de Defesa do Consumidor, criada pelo Dec. n.º 26.907, de 15.3.1987, tendo o Procon como órgão executivo e deliberativo (criado pelo Dec. n.º 7.899, de 6.5.1976, e Lei n.º 1.903, de 29.12.1978), bem como, no âmbito policial, o Decon (Departamento Estadual do Consumidor).

Esses órgãos e os demais referentes à área devem já estar preparando normas para que venham a ser baixadas assim que entrar em vigor o Código (art. 55 e § 1.º do CDC).

**9. Atribuições concorrentes** — Na operacionalidade das questões atinentes ao Consumidor, é de se antever atividade concorrente às vezes até superposta entre os entes federativos e seus organismos, mormente em campos que já naturalmente se interpenetram, como o trânsito e o transporte, em que concorrem a União (arts. 21, XX e 22, XI, da Constituição Federal) e o Município (art. 30, V, do CP) ou as moradias, em que concorrem a União, os Estados e os Municípios (arts. 21, XX, 23, IX e 30, I e VIII).

**10. Comissões Permanentes (art. 55, § 3.º)** — Largo campo de atuação terão as “comissões permanentes para fiscalizar e controlar o mercado de consumo”, previstas pelo art. 55, § 3.º, podendo elas instalar-se, sem grandes dificuldades, nos três níveis federativos, com largo apelo comunitário, diante da composição com a obrigatória “participação dos consumidores e fornecedores”.

**11. Desobediência (art. 55, § 4.º)** — A desobediência, o crime de desobediência, é estabelecida no art. 55, § 4.º: “Os órgãos oficiais poderão expedir notificação aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial”.

A notificação, para se falar em desobediência, tem de ser pessoal. Notificação feita a pessoa jurídica não induz crime de desobediência porque é necessário, para que haja uma atividade criminosa, personalizar realmente alguém que receba essa notificação e, mais, que contenha ordem legal precisa do que deva ser feito por ele. A notificação lançada a esmo, de tal forma que toque as mãos de alguém que se pretenda “crucificar” pelo só fato de estar trabalhando na hora em que chegar essa notificação, não vai caracterizar o crime de desobediência, precisará ser ordem direta à pessoa (*Julgados do Tacrim* 25/154), não bastando o fato de simples ofício não respondido (*RT* 492/398).

O crime não será tão simples de se caracterizar, porque não foi alterado o art. 330 do CP, que tipifica a desobediência como crime. Vai ser necessário, ainda, continuar perquirindo do dolo típico da desobediência, que não é o dolo específico de querer desobedecer, mas, pelo menos, o dolo genérico de saber que está desobedecendo ou assumindo o risco de desobedecer (*RT* 518/347), ou seja, agindo com consciência de antijuridicidade (*Julgados do Tacrim* 26/158). Não há modalidade culposa.

O art. 55, § 4.º, fala que os “órgãos oficiais” poderão expedir notificações “sob pena de desobediência”. Não é bem assim. O sujeito passivo do crime de desobediência é o Estado, titular do objeto jurídico e também o funcionário competente para expedir a ordem legal, de modo que esse conceito de funcionário é estrito, abrangendo o titular de cargo público criado por lei, conceito não abrangido pela figura especial do art. 327 do CP, de modo que não basta o órgão oficial expedir a notificação, é preciso que funcionário público o faça — nem se pensando em particular, ainda que agindo em caráter “oficial”.

É bom lembrar que não há crime de desobediência se existe sanção legal para o descumprimento da ordem (*RT* 399/283, 410/301, 409/317; *Julgados do Tacrim* 30/262), salvo se a lei ressalvar (*RT* 409/317, 570/401).

**12. Desobediência ao Promotor de Justiça** — Uma questão complicada vai haver quando se tratar de ordem oriunda de Promotor de Justiça, agindo nessa condição e não como órgão tipicamente administrativo, por cessão da sua instituição ao Governo. Devido à predominância histórica do trabalho nos autos, o Promotor de Justiça sempre teve a sua atividade praticizada por intermédio do Juiz ou do Delegado de Polícia, de modo que tradicionalmente não tem dado ordens diretas. Agora a questão será nova, em virtude, no que nos interessa, do disposto no art. 129, item VI, da Constituição Federal que lhe



atribui, como função institucional, “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

Não me vejo, infelizmente, seguro para emitir opinião a respeito dessas notificações, a esta altura, mormente visto que a matéria não está ainda suficientemente debatida pela doutrina, nem definidamente enfrentada pela jurisprudência. Posso dizer que nos tribunais há divergência: alguns entendem — não tenho conhecimento de julgados, mas apenas de meras opiniões — outros sustentam que na nova feição do Ministério Público brasileiro haverá possibilidade de expedição de comando sob pena de desobediência, o que em parte é bom, porque a atuação é importante e deve ser levada a sério, mas em parte teme-se a ocorrência de abusos, de forma que outra diretiz preservaria aquele entendimento clássico de o Promotor ter de requerer ao Juiz ou determinar à autoridade policial, e, nesse caso, a autoridade policial fará o crivo, verificando se a ordem é manifestamente legal ou não para expedir ou não a ordem, então sob pena de desobediência.

**13. Desobediência: sujeito passivo** — O art. 55, § 4.º, provoca, ainda, a atenção para quem seja o sujeito passivo do crime de desobediência: o autor da ordem desobedecida. Só pode ser o “funcionário público”, como é assente na doutrina e na jurisprudência, porque, relembre-se, o crime ofende o Estado ao ofender um seu representante. Dessa maneira, não serão quaisquer agentes integrantes de “órgãos oficiais” que terão o reforço da desobediência para suas notificações, afastando-se, já de pronto, quem for integrante de entidade privada, ainda que reconhecida como “oficial” bem como os empregados “celetistas” de órgãos públicos e, por fim, quem aja em nome de órgão da administração indireta, paraestatal, como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações ou consórcios administrativos.

**14. Desobediência: o segredo industrial** — A parte final desse dispositivo (art. 55, § 4.º) excepciona o “segredo industrial” como causa de exclusão da desobediência, de modo que todo e qualquer segredo que integre a atividade produtiva deverá ser resguardado.

Surge a questão de eventual devassamento do segredo industrial na organização de “dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade” (art. 69), no caso de os órgãos da publicidade a ser veiculada desejarem ter conhecimento de toda a matéria para acautelamento diante de eventual acusação de co-autoria relativamente a alguma das figuras criminosas trazidas pelo Código. Se devassado o sigilo à entidade publicitária, o que é improvável ante a necessidade do maior resguardo possível, a encarregada da publicidade poderá também escusar-se no sigilo que lhe foi confiado. Mas sem dúvida esta não poderá exigir que o industrial lhe devasse o segredo.

A abrangência da ressalva do segredo industrial abriga também a noção de sigilo, isto é, o colocado “sob selo” (*sigilum*). Para a proteção, basta que o segredo ou o sigilo seja instituído por lei, posterior ou anterior ao Código do Consumidor, pois, nesse caso, essa lei será lei especial, dirigida a casos restritos, retirados da abrangência geral das disposições do Código do Consumidor. Entre os “segredos” está o sigilo bancário, objeto de lei especial não revogada, a Lei n.º 4.595 (art. 38).<sup>(1)</sup>

**15. Rol das Sanções Administrativas (art. 56, I a XII)** — As sanções administrativas em espécie constituem elenco grande de medidas: multa, apreensão do produto, inutilização do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, proibição de fabricação do produto, suspensão do fornecimento do produto, suspensão temporária da atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença de estabelecimento ou de atividade, interdição total ou parcial do estabelecimento, intervenção administrativa, imposição de contrapropaganda (art. 56, itens I a XII).

É, sem dúvida, um respeitável arsenal de medidas colocadas à disposição da administração pública, as quais, somadas às conseqüências da tranqüila regra da auto-executoriedade das decisões administrativas, faz pensar que os órgãos públicos praticamente não precisarão recorrer ao Poder Judiciário para a eficiência de providências, de modo que, se o fizerem amiúde, estarão dando demonstração de falta de disposição de realizar a efetiva aplicação das normas relativas à defesa do consumidor, já que ensejarão aos infratores o tempo da

(1) Texto inserido após intervenção do Dr. Luciano da Silva Amaro nos debates (ver n.º 83, *infra*).



natural demora das providências judiciais, com o esgotamento de todos os recursos em todos os Tribunais.

**16. Cumulação da sanção (art. 56, parágrafo único)** — O parágrafo único diz que “as sanções administrativas previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa no âmbito de sua atribuição”, o que é o normal, evidentemente não poderia ser de modo contrário, de forma que o texto é desnecessário.

Podem ser “aplicadas cumulativamente”. Há uma tendência geral a que as penas devam ser únicas, mesmo no âmbito administrativo, mas em si não há o que proíba a cumulatividade, desde que não signifique dupla apenação, de modo que, se houver compatibilidade entre as penalidades aplicadas, não haverá problema jurídico, no meu modo de ver, no tocante à cumulatividade.

**17. Aplicação cautelar (art. 56, parágrafo único)** — Prossegue o art. 56, parágrafo único: “Podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente, de procedimento administrativo”. “Medidas cautelares antecedentes ou incidentes”: isso é um típico processualismo (que, aliás, certamente, influenciou, devido à esmagadora presença legislativa de Bacharéis, no Parlamento, na Constituinte, que criou as medidas provisórias, sem claros limites, as quais estão, na nossa prática cotidiana, mostrando que perigo são estes institutos “processuais” transpostos sem cautelas (era razoável que se previsse a medida provisória, para injetar agilidade ao sistema de geração de normas urgentes, principalmente ante o possível figurino parlamentarista que se esboçava; mas, sem dúvida, o instituto da medida provisória, juntamente com o do voto de liderança, tem colaborado muito para a instabilidade do sistema legal no País e acho que seria uma boa providência, em termos de estrutura dos poderes nacionais, despojar o Executivo da arma das medidas provisórias e o Legislativo sepultar o voto de liderança, de forma que cada um começaria a trabalhar com o figurino normal das coisas).

As medidas provisórias, aqui, vieram para o campo administrativo com todo o perigo que lhes é ínsito, o principal dos quais é o de que os atos humanos nunca são, de fato, provisórios, porque, depois que as pessoas agiram em função deles, não há como voltar ao estado anterior das coisas.

Algumas das providências enumeradas no art. 56, como a inutilização do produto (inc. III), não têm a característica da medida provisória. Também não me parecem razoáveis a imposição de multa (inc. I, do art. 56), a cassação de licença (inc. IX) e a imposição de contrapropaganda (inc. XII) em caráter provisório, embora o parágrafo único do art. 56 absolutamente não excepcione nenhuma das medidas à aplicação provisória. Todas essas medidas se “definitivizam”, produzem efeitos imediatos irreparáveis com a só execução, o que, de contrapartida, torna presentes os requisitos do art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, para o cabimento de pedido de liminar em mandado de segurança.

**18. Multa administrativa (art. 57)** — A pena de multa: art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, nos termos da lei, revertendo para o fundo de que trata a Lei n.º 7.347, de 24.7.1985, sendo a infração ou dano de âmbito nacional, ou para os fundos estaduais de proteção ao consumidor nos demais casos. A multa, que, como veremos, é uma multa pesada, vai para o fundo instituído pela Lei n.º 7.347. Essa lei, a que se refere o art. 57, é a lei da ação civil pública, uma ação civil que foi inicialmente confiada ao Ministério Público.

O produto das multas, se bem arrecadado, formará considerável volume de dinheiro que, esperamos, deverá ser governado, na prática, com o maior êxito na obtenção de resultados concretos no sentido do interesse público, relevante em se tratando das matérias abrangidas pela Lei n.º 7.347 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

**19. A operacionalização do produto arrecadado** — Esse fundo poderá ser difícil de operacionalizar, porque levará o dinheiro para o Poder Público, mas como o Governo vai encaixar esse dinheiro em um fundo? Parece que o que se pretendeu aqui foi uma espécie de fundação, uma coisa assim, mas, em se tratando de fundo, o dinheiro entra em regime orçamentário e fatalmente gira, até retornar à destinação inicial, mediante liberação específica; no Estado, não há maneira de entrar um dinheiro amarrado em um barbante, colocar-se em um cofre e ficar guardado para determinada despesa, de forma que ele entra no regime orçamentário. Não será fácil geri-lo, com especificidade, de modo que certamente haverá a tentação de criar alguma entidade para ele, com o histórico perigo de acabar dando em novos cargos à vista.

**20. A correção do valor da multa** — A multa será em montante nunca inferior a 300 e não superior a 3 milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional ou índice equivalente que venha a substituí-lo. BTN só, em qualificativo, em norma punitiva, terá de ser o menor, ou seja, o BTN comum. E é claro que, se o BTN vier a ser substituído um dia, como deverá ser, ante as peculiaridades de nossa economia, com sucessão de Planos Econômicos, valerá o substituto. Para o caso de substituição, o Código não precisava dizer que o substituto ia valer, não é?

Agora, por outro lado, a utilização do BTN nas leis punitivas é uma arrematada falta de senso do real, porque a vida econômica vai mudando e exige mudança de índices, realmente. Esses índices exigem cálculos para a atualização, os quais complicam a solução das penas e desmoralizam a efetividade das normas. Na área punitiva, acho que, se se quiser utilizar um índice, e realmente se tem de utilizar um padrão de atualização no regime inflacionário, o melhor é o salário mínimo, com qualquer nome que tenha. É o salário mínimo, porque esse sempre vai existir e esse não precisa de grandes cálculos de atualização, não precisa de especialista na matéria. Por este se pode, na hora em que se aplica e na hora em que a pessoa vai recolher a multa, determinar facilmente o valor: são três salários mínimos? Todo o mundo sabe quanto é. A utilização de índices econômicos especializados como fator de correção em normas penais faz com que simplesmente raras multas da lei comum sejam efetivamente cobradas. No campo penal, em São Paulo, praticamente não se pagam multas criminais. No Interior se paga, porque um ou outro condenado vem pagar e também porque, na verdade, muitos Juizes e Cartórios tradicionalmente já as vinham pagando, eles próprios, para poder arquivar os processos... Então, vejam que falta realidade: aqui se está criando um papelório inútil de cálculos que vai complicar a execução de pena que deve ser muito simples.

Precisava passar um pessoal de O&M, de Organização e Métodos, por isso aqui: o pessoal de O&M não foi ouvido nisso. Essas multas, eu fiz o cálculo, dariam, hoje, o mínimo de Cr\$ 17.716,98 e o máximo de Cr\$ 177.000.000,00.<sup>(2)</sup> Não sei se está muito ou se está pouco para o grande infrator, pois não sou acostumado, atualmente, à lógica dos grandes números, diante de meu trabalho hoje em dia como Juiz dos pobres infratores de lei penal; embora tenha sido Juiz Cível por muito tempo, atualmente trabalho com a lei penal, que é marcadamente freqüentada, para usar o eufemismo técnico, pelos hipossuficientes. Mas os Cr\$ 17.716,00, na verdade, são muito para o caso do fornecedor ou prestador de serviço que for pequeno e é muito se nós comparamos com as multas penais comuns, referentes a casos graves, que são impostas — e é claro, não são pagas.

A multa cumulativa por crime de roubo, por assalto, é de dez dias-multa, calculada à razão de 1/30 do salário mínimo, no salário mínimo de Cr\$ 6.056,00, o que dá em torno de Cr\$ 2.000,00. Então, o pequeno fornecedor ou pequeno prestador de serviços que infringir uma regra desse Código vai pagar muito mais do que o assaltante e vai pagar muito mais do que o autor de outros crimes como os grandes estelionatários e os autores de espetaculares golpes financeiros noticiados pela imprensa. No estelionato, a multa nunca vai chegar a essa extensão, de forma que aquele que lesa um banco, ou uma instituição financeira, terá multa privilegiada perto das multas do Código do Consumidor, ainda que o apenado seja um pequeno prestador de serviços.

**21. O direito à ampla defesa (arts. 58 e 59)** — Os arts. 58 e 59 têm a peculiaridade de assegurar a ampla defesa para aplicação das penas, sejam quais forem as penas.

Há uma ligeira distinção, mas, de qualquer forma, é assegurada a ampla defesa. A ampla defesa consta da Constituição Federal, art. 5.º, LV. Ora, aqui está o ponto: assegurada a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes na aplicação de cada medida — e nós sabemos que o Executivo não anda com os processos administrativos mais rapidamente do que andam os do Judiciário — teremos aqui a oportunidade de uma discussão imensa no âmbito administrativo, em atividade em que se prestigiou o contraditório com sua consequência de fragmentação do procedimento, quase a um passo do sistema europeu continental, de julgamento dos atos administrativos pela própria

(2) O salário mínimo atual à palestra era de Cr\$ 6.056,00.



administração, o contencioso administrativo. Não vai faltar a idéia, até, de coisa julgada administrativa, ainda que com outros nomes.

**22. Contrapropaganda (art. 56, XII)** — Mas o interessante aqui está no caso de uma das penas, que é a imposição da contrapropaganda (inc. XII do art. 56). Se se vai impor a contrapropaganda depois de se assegurar a ampla defesa no processo administrativo, a contrapropaganda, de duas, uma: ou será inócua, porque ela será feita daí a dois anos, ninguém nem se lembrando da propaganda, quem já consumiu o produto defeituoso já lhe sofreu as conseqüências; ou, então, essa contrapropaganda, posso imaginar, sem ser homem de mídia, acabará sendo nova propaganda, frustrando a proteção ao consumidor. Isso para já não dizer que, naturalmente, a contrapropaganda poderá não ter a mesma qualidade técnica da propaganda, mas será mera formalidade cumprida pela empresa publicitária e pelo anunciante, não se sabendo, no caso do veículo de comunicação, a respeito da garantia de pagamento.

As agências de publicidade naturalmente não vão arcar com o preço da contrapropaganda. E, se feita a contrapropaganda com habilidade, um bom tempo depois, ela poderá reviver produtos antes reprovados, ou promover, sutilmente, produtos análogos.

Fico pensando: quem de nós não conhece gente que ainda acreditaria nos efeitos do ipê-roxo para curar o câncer, se fosse veiculada agora uma contrapropaganda dizendo: “Não, o ipê-roxo não cura o câncer”? Várias pessoas iriam exatamente devastar matas, catar ipê-roxo novamente, achando que cura o câncer.

**23. Reincidência (art. 59, § 3.º)** — O art. 59, § 3.º, também merece a mesma observação sobre a demora: “Pendendo ação judicial na qual se disputa a penalidade administrativa, não haverá reincidência até o trânsito em julgado da sentença”. O art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tranpôs-se, aqui, para o campo administrativo, a norma do art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, destinada ao crime. Vejo outro problema, talvez mais um incentivo ao enxurro de casos para o Judiciário: quem tiver um problema administrativo atinente ao consumidor e quiser “segurá-lo”, entrará com uma ação judicial.

Se nós tirássemos as ações que o Governo de todos os níveis provoca no Judiciário, talvez até pudéssemos reduzir o número de unidades judiciárias nos centros mais bem aparelhados. O Governo é o maior fator de geração de lides no Brasil, hoje em dia. Os que trabalham com a Justiça Federal saberão disso, pela dor da prática. Cada vez que se gira a roda normativa do Governo Federal, o Judiciário enfrenta mais uma daquelas filas que a Justiça Federal tem apresentado após o “Plano Collor” para impetração de mandados de segurança.

**24. Custo e forma da contrapropaganda** — A contrapropaganda foi objeto de vetos, de modo que o art. 60 perdeu os §§ 1.º e 2.º, que seriam diabólicos na geração de problemas operacionais. Mas fica o problema central: quem paga? Sim, é o próprio, é o infrator. Mas, se o infrator for artimanhoso, ele terá quem lhe faça umas propagandas muito rapidamente, conseguindo dinheiro com ela e, em seguida, sumirá. Quem paga? Ou, mesmo se idôneo, mas não tiver sucesso e for à falência; ou se transferir a firma, aplicar o golpe do “arara”, não é? Ou coisas parecidas. A contrapropaganda ficará sem ninguém que a pague. A agência de propaganda não foi colocada na lei como subsidiariamente obrigada a arcar com os custos da propaganda nem poderia ser compelida a eles, porque, sob pena de a empresa de propaganda se transformar em instituto de exame prévio de produtos que anuncia, uma espécie de IPT, sua ação não poderá ser presumida de má-fé, embora lhe possa ser esta demonstrada. Acho que a contrapropaganda será medida de evasão muito fácil para Advogados ativos e imaginosos. Claro, o problema centra-se na tal economia à brasileira, informal. Em se tratando de produtores de idoneidade administrativa e financeira, terão menos oportunidades de evasão, mas ainda lhes socorrerão as delongas do processo administrativo já lembradas.

Interessante a boa intenção do art. 60, § 1.º: “a contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa e abusiva”. Além daquele problema de a contrapropaganda ser, digamos, dois anos depois, como se terá certeza de que se realiza na mesma forma, com o mesmo potencial informativo? Quem vai dizer isso? O Perito? Aqui será necessário um perito de propaganda e acho que



será um profissional com não muito boa vontade para isso, porque se arrisca a não receber nem mesmo seus honorários, além de se sujeitar às naturais consequências do mercado em que profissionalmente vive. O Conar? Mas se ele é imaginado insuficiente, a ponto de se instituírem providências oficiais em campo que é seu, como oficialmente se pedir socorro a órgão que não foi legalmente prestigiado? O Juiz? O Juiz vai ficar assistindo a essa propaganda? E poderá decidir pelo seu conhecimento pessoal, direto, prescindindo da perícia como ser onisciente? A idéia, no sistema, é razoável, a regra deve existir, no meu modo de ver, mas terá operacionalização muito difícil quando lidar com anunciantes poderosos ou simplesmente muito espertos.

### III — INFRAÇÕES PENAIS: GENERALIDADES

**25. A utilização do Direito Penal** — Podemos indagar antes de mais nada, se eram necessárias ou não as figuras de delitos novos que constam do Código de Defesa do Consumidor. O Direito Penal não é linha de frente do arsenal jurídico; o Direito Penal conceitualmente é um conjunto de regras de reforço que vem a socorrer as demais regras jurídicas, quando falham na proteção dos interesses sociais, de modo que tem de ser reservado a interesses muito relevantes: homicídio, roubo, estupro, lesões corporais, estelionato, peculato, são realmente fatos muito graves, para os quais se tem por apropriada a sanção penal. É muito bom que o Direito Penal seja usado com parcimônia, é muito bom que o Direito Penal atenda a um princípio econômico, o princípio da proporcionalidade efetiva da sanção penal à gravidade social da ilicitude.

Toda vez que o Direito Penal foi lançado na linha de frente, ele só surtiu efeito se amparado por um Estado prepotente. O Estado prepotente pode realmente tornar o Direito Penal eficiente relativamente à miuçalha à qual normalmente não se aplicaria. E lançar mão do Direito Penal acaba sendo uma medida tônica em termos de divulgação do Estado prepotente, para obter uma ligação direta, messiânica, mística, com a população. Mas o Direito Penal não é bem isso. Além disso, no Direito Penal, as normas, se são gravosas em demasia, acabam não sendo prodigalizadas pelo Judiciário e não se inventou ainda uma forma de prescindir da atividade judiciária, no Estado de direito, para aplicar a lei penal, embora existam as sanções administrativas, para as quais se pode deixar de acionar o Poder Judiciário.

De qualquer forma, disposições gravosas demais costumam não vingar. Ali está a Lei de Economia Popular o exemplo de tradicional insuficiência da Lei de Economia Popular, em obter resultado punitivo e intimidatório efetivo. Não é bom esbanjar Direito Penal.

**26. Dificuldades do Direito Penal Econômico** — E normalmente se vê que o Direito Penal não age com facilidade na atividade econômica, porque o Direito Penal exige o dolo ou a culpa individual. E, se se coloca toda uma perquirição sutil da atividade econômica antes de punir, levando à necessidade de perquirição extraordinariamente complexa a respeito do dolo ou da culpa de alguém, pessoa física, naturalmente não se alcança a efetiva responsabilização penal.

Sempre me lembro do equívoco que é o crime de sonegação fiscal. Acho que, se não existisse a figura típica, os sonegadores correriam muito mais o risco de condenação penal, porque o crime de sonegação fiscal, na configuração atual, exige a comprovação de que o fato foi destinado à sonegação fiscal, à finalidade de sonegação, e, se não houver a finalidade da sonegação, não há crime de sonegação fiscal, em todas as modalidades. Pois bem, a sonegação fiscal se faz por intermédio da falsidade, seja falsidade ideológica, seja falsidade material e o crime de falsidade, sobretudo a falsidade material, falsificar documento, esse nós aprendemos logo no começo da vida profissional, esse é um crime de que não se escapa, porque existem os documentos, existe o laudo, dados diante dos quais é ingrata a defesa. Que fazer? Só aconselhando o cliente a furtar o processo, coisa que não recomendo nem a Advogado em desespero; ou pegar aquele documento e sumir com ele, comer o documento... E o crime de sonegação fiscal, o que é pior, tem pena privativa de liberdade menor do que os crimes de falso, de forma que a prescrição é menor. Se se discute longamente a questão da validade da obrigação tributária, lançamento, prescrição, decadência, anistia fiscal, o processo caminha para a prescrição com muita facilidade. Ele coloca um *plus* a ser discutido, que não precisaria ser discutido, se o Fisco apenas mandasse processar o sonegador por falsidade ideológica ou material, desclassificasse a escrita e impusesse a multa.



Em diversas figuras penais do Código de Defesa do Consumidor, corre-se o risco de beneficiar o infrator diante do tratamento especial que o Código lhe destina.

**27. A tipicidade penal** — Algumas observações preliminares, antes de vermos os dispositivos penais do Código de Defesa do Consumidor: todo o Direito Penal se baseia na tipicidade: *nullum crime, nulla poena sine legem*. Não há maneira de fugir disso. A tipicidade, desde que surgiu, como produto do Iluminismo, tornou impossível a punição penal sem que a lei diga muito claramente qual a atividade que é punida. É interessante como funciona isso. A prática da atividade típica infringe a norma penal; ao infringir a norma penal, opera como que a mutilação, a ofensa à higidez do sistema penal, de forma que é preciso aplicar uma pena para, por intermédio dessa pena, tomando tantos dias de liberdade, ou tomando-se uma parte do patrimônio do infrator, restabelecer-se a norma penal, cuja saúde foi molestada pela atividade criminosa.

Daí o tipo penal; tem de haver aquele tipo. E há verbos no tipo, que são seus núcleos. Esses verbos dizem coisas específicas. Estão lá: matar, subtrair. Esses são os núcleos do tipo que têm de estar presentes nos tipos penais. O tipo penal tem de ser um tipo que dê uma conduta muito clara, até porque o Direito Penal não pode ser prodigalizado. Grande parte das atividades para as quais nós temos leis penais, em outros países não são crimes. Típico disso é a atividade da imprensa: temos crimes de imprensa, ao passo que em alguns países, como os Estados Unidos, a punição não se faz com a privação da liberdade ou o pagamento de multa ao Estado, mas, sim, pela prestação de indenização ao lesado — o que é muito mais adequado do que a persecução penal, mormente se falha, como a nossa.

O Código de Defesa do Consumidor, fiel ao dogma da tipicidade, estabelece, no art. 61, que “constituem crimes contra as relações de consumo, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes”.

Ressalte-se a referência a “relações” de consumo e não a “consumidor”, abandonando-se, nesse ponto, a regra terminológica de ostensiva pessoalização da proteção ao consumidor.

**28. Sujeitos e objeto material** — O Código de Defesa do Consumidor, em virtude do disposto no art. 3.º, constitui um conjunto de normas punitivas especiais, caracterizado pela peculiaridade do sujeito ativo, sujeito passivo e objeto material. Esses conceitos estão no início do Código, no Capítulo I, do Título I, sobre as disposições gerais dos direitos do consumidor, os quais dão a abrangência da lei para todos os efeitos, inclusive os penais.

O sujeito ativo, que é quem pratica o crime, só pode ser o fornecedor: “Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3.º). Só a pessoa natural, contudo, poderá ser sujeito ativo de delito.

Sujeito passivo, a quem se destina a especial proteção do Código, é o consumidor, caracterizado como “toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2.º), equiparando-se a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

E o objeto material dos crimes contra o consumidor será o produto ou o serviço, como definidos pela lei: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 3.º, §§ 1.º e 2.º).

**29. Responsabilidade penal pessoal** — Como o Código não alterou os conceitos básicos do Direito Penal, constantes da Parte Geral do Código Penal, persistem as regras fundamentais desse Código, como a personalização da responsabilidade do agente, cuja ação deve ser presidida pelo dolo ou a culpa, sempre em caráter individual e jamais presumidos, ainda que o agir tenha sido caracterizado como infringente da lei penal devido à co-autoria, regida, também, pela mesma pessoalidade da relação de voluntariedade psíquica, tão restrita quanto a tipicidade penal, pela qual só se pode considerar crime a atividade descrita como tal na lei.

O art. 75 do Código de Defesa do Consumidor procura atender à regra da personalidade da responsabilidade penal, com ampliação, contudo, que será ainda examinada, a qual, entretanto, não conseguirá estender-se suficientemente de modo a abranger a inclusão de alguém em atividade típica de que pessoalmente não participe.

**30. Elemento subjetivo** — Os tipos penais devem conter descrição muito clara de condutas humanas. Nesse ponto o Código do Consumidor, é forçoso reconhecer, peca muitas vezes por falta de técnica, que tornará acidentada a sua aplicação prática, pois, se a atividade típica é defeituosamente caracterizada, a conclusão, necessária à preservação do Estado de Direito, terá de ser a da atipicidade, por “não constituir o fato infração penal” (art. 386, III, do CPP).

A maioria dos crimes instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor caracteriza-se por tipos penais amplos, indo além da chamada tipicidade normal. A tipicidade penal, preferencialmente, é a descrição objetiva, como está, por exemplo, no art. 121 do CP, que caracteriza o crime de homicídio com poucas e claríssimas palavras: “Matar alguém”. Não pode haver dúvida diante desse tipo penal: alguém foi morto por outrem; nada mais é preciso ver para a configuração material do delito. Os tipos penais devem ter a descrição mais objetiva possível.

O Código de Defesa do Consumidor não se atém a elementos objetivos na descrição típica, mas, ao contrário, prodigaliza o elemento subjetivo na figura típica, o que em princípio assusta muito, principalmente aos leigos, mas vai, na prática, diminuir extraordinariamente a possibilidade de punição efetiva do infrator, que, lembre-se, só pode ser punido de acordo com a lei, na vigência do Estado de Direito, jamais de acordo com as diretrizes do esforço publicitário do momento, agora francamente açulado, com imensa simpatia do povo e da Imprensa, em prol da punição de fornecedores inescrupulosos. Ninguém se iluda: se a atividade for atípica, por defeito da redação da norma, os acusados serão absolvidos mesmo, ainda que sejam caracterizados pelo direcionamento da opinião pública como “Al Capones” das relações de consumo ou produtores de remédios que envenenem criancinhas... É o preço da manutenção do Estado de Direito! Aliás, mesmo fora do Estado de Direito, na Alemanha hitlerista, houve resistência dos Juízes ainda que já transformados em nazistas pelas “depurações” do regime, à aplicação analógica da lei penal, preservando-se a tipicidade...

O normal do elemento subjetivo é aparecer por intermédio de expressões como “em proveito próprio”, ou “para o fim de”. E, como ressaltai ao falar do crime de sonegação fiscal, há nele um elemento finalístico muito forte, consistente na intenção de fraudar o fisco. Aí é preciso ver. Se a ação típica não foi com aquele fim, então não existe crime. Muitos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor contêm elementos subjetivos de difícil comprovação, que, sem dúvida, lhe enfraquecerão a efetividade.

Vejam-se, a propósito da amplitude dos tipos penais, por exemplo, delitos como os dos arts. 68 e 71 do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito a, na propaganda, “induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 68) ou a, na cobrança de dívida, expor “o consumidor, injustificadamente, a ridículo” ou a “interferir com seu trabalho, descanso ou lazer” (art. 71).

**31. Elementos normativos** — Também existem outras formas de tipicidade anormal, consistentes na colocação de elementos valorativos na conduta, consistentes expressões ou termos que dêem um valor à condução punida. O valor não é uma coisa objetiva, o valor flutua de acordo com a época, de acordo com o ser humano, no decorrer do tempo e do espaço.

Têm-se ações típicas subordinadas, por exemplo, ao agir. Nesse caso, temos que ver se a causa pela qual a pessoa agiu é justa. Se é justa, está admitida pela norma. Este último caso chama-se elemento normativo do tipo. Existe elemento subjetivo e existe elemento normativo. Exemplo típico é o do art. 215 do CP, o delito de posse sexual mediante fraude: “ter conjunção carnal com mulher honesta mediante fraude”. Tem-se que saber se a mulher é honesta, analisar o conceito de honestidade em cada tempo e lugar de acordo com a variação moral, comportamental. O Código do Consumidor utiliza conceitos como este, ao referir-se a “nocividade”, “periculosidade”, “relevante” (arts. 63, 64, 65), ou, mesmo, certa forma, a “abusivo” e “enganoso” (arts. 66, 67 e 71).



A utilização pelo Código de elementos abertos está em parte reduzida pelos vetos, não está mais tão marcante como era, mas ainda subsistem alguns elementos assim, que deixam larga margem de abrangência em aberto, autênticas “facas de dois gumes”, pois, ao mesmo tempo em que dão a impressão de grande abrangência, na prática se enfraquecem porque atraem a discussão de pormenores do caso concreto por intermédio dos quais se esvai a efetividade da punição.

**32. Normas penais em branco** — Outro destaque são as normas penais em branco, como o crime do art. 65: “executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente”, o que estabelece a necessidade de existência de norma extra-penal válida, a ser contrariada.

Problemas típicos das normas administrativas de interesse para o preenchimento do tipo penal em branco, como a competência do ente público autor da regulamentação, a legalidade da promulgação e da regência da norma e semelhantes poderão influir decisivamente na criação de verdadeiros buracos no campo de cobertura penal do Código de Defesa do Consumidor, pois é certo que, se houver defeito na norma administrativa, estará fatalmente contaminada a incidência do tipo penal, desaparecendo a perspectiva de configuração de crime.

**33. Crimes dolosos e culposos** — O Código estabelece crimes nas modalidades dolosa e culposa. O crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, do CP) e culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18, II, do CP).

É regra geral do Código Penal que, se não for prevista a modalidade culposa, não se pode punir ninguém por crime culposos: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (art. 18, parágrafo único do CP). O Código de Defesa do Consumidor destaca, expressamente, as modalidades culposas em parágrafos dos artigos que tipificam as formas dolosas (arts. 63, § 2.º e 66, § 2.º). Vou examinar depois dispositivos que não destacam em parágrafos atividades com aparência de culposas (os arts. 67, 68 e 71), trazendo graves problemas sistemáticos.

**34. Prescrição** — A maior pena privativa de liberdade prevista no Código de Defesa do Consumidor é de dois anos (art. 63), de modo que, para esse crime de omitir dizeres sobre a novidade e a periculosidade de produtos, a prescrição em abstrato será de quatro anos (art. 109, V, do CP). Quanto a todos os demais crimes, a prescrição em abstrato será de dois anos (art. 109, VI, do CP).

Os prazos são sempre reduzidos à metade se o acusado for menor de 21 anos ou maior de 70 anos (art. 115 do CP).

Mas isso quanto à prescrição em abstrato. A prescrição em concreto é a prescrição pela pena efetivamente aplicada, a qual ou será privativa ou restritiva da liberdade ou multa. A Justiça brasileira normalmente aplica a pena mínima e não vai mudar de comportamento em se tratando de crimes contra o consumidor, isso é certeza. De forma que as penas ou serão multas, ou prisão ou serão algumas modalidades vicariantes, as modalidades alternativas, no máximo, sempre, de até um ano, de modo que a prescrição será de dois anos (art. 109, VI, do CP), prazo reduzido à metade nos casos de maior de 70 ou menor de 21 anos (art. 115 do CP). Pode-se trabalhar com a base de dois anos ou, nos casos de menor ou velho, de um ano, para a prescrição.

#### II) INFRAÇÕES PENAIS EM ESPÉCIE

**35. Crimes contra as relações de consumo** — Vamos examinar os dispositivos penais especificamente<sup>(3)</sup>, verificando o elenco dos crimes, das atividades penalmente típicas, o “varejo” da parte penal, em que, é interessante notar, às vezes se tem a impressão de que os casos destacados pela lei tenham resultado de influência de casos concretos já ocorridos, questões, até, em que elaboradores ou influenciadores do texto legal tenham se visto envolvidos, como o caso da colocação de peças usadas no conserto de um veículo, máquina de lavar roupas, algum eletrodoméstico (art. 70), ou em que alguém tenha sido

(3) Diante da ausência de rubricas laterais oficiais para denominação dos crimes do Código de Defesa do Consumidor, serão estes indicados por denominações sintéticas, referentes à noção central de cada tipo.

cobrado vexatoriamente, ou de que tenha ouvido falar, como a cobrança de dívidas aos alaridos (art. 71), velha reminiscência folclórica de atividade de que não mais se tem notícia, mas espetacular lembrança da infância para quem, como eu, viu na minha Ribeirão Preto, em ação, os chamados “Vermelhos”, que iam, vestidos de roupas berrantes, à frente da casa do devedor e ficavam proclamando a dívida cobrada em altos brados — até que, como narra a lenda, um cobrador mais eficiente foi abatido a tiros! A casuística criminal torna impossível deixar de pensar em questões pessoais, sejam pessoais mesmo, sejam questões que tenham passado pelo conhecimento pessoal, atual ou histórico, para os redatores do Código.

Vamos começar pela regra do art. 61: “Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes”.

É interessante notar, como já disse, que aqui não se fala em “crimes contra o consumidor”, não se direciona a proteção ao consumidor, mas alude-se às “relações de consumo”. Os padrões da proteção, entretanto, destinados ao consumidor, em posição de hipossuficiência, incidirão decisivamente na descrição dos delitos, de maneira que se afasta a idéia de possível ofensa constitutiva de crime especial, praticada pelo adquirente de bens e serviços: o consumidor não é, pelo Código que o defende, considerado como agente de delito, embora a pessoa natural que se coloque na posição de consumidor possa ser agente de outros delitos, como, por exemplo, o de denunciação caluniosa em Juízo (art. 339 do CP), ou de algum crime contra a honra, calúnia, difamação ou injúria (arts. 138 a 140 do CP), no caso de agir de forma ilícita contra o fornecedor.

Ressalvam-se as condutas tipificadas em leis especiais e dispositivos do Código Penal. É possível, nesse ponto, que a boa intenção da lei acabe se perdendo, como tantas vezes ocorre com muitas leis bem intencionadas, em verdadeiro efeito perverso, de modo que os novos crimes poderão resultar em proteção, em vantagem, ao infrator, porque eles estabelecem muitas vezes penas mais leves do que as da conduta lesiva central, prevista no Código Penal. Veja-se a comparação entre os delitos de estelionato e falsidade, previstos nos arts. 171, 298 e 299 do CP, em comparação com o delito do art. 66 do CDC: “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.” O estelionato e as falsidades são punidos com penas bem mais elevadas. Se, contudo, se caracterizarem como crime-meio para a consecução do crime do art. 66, a conduta que lhes é típica ficará absolvida pela deste último, resultando em privilégio e benesse com que o infrator, mesmo estelionatário, jamais sonhara...

**36. Colocação de produtos impróprios no mercado (art. 62)** — O tipo do art. 62 foi vetado: “Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos impróprios”. O veto explicou que “em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada”, de maneira que o dispositivo “afronta a garantia estabelecida no art. 5.º, XXXIX, da Constituição”, o que era verdade.

**37. Omissão de alerta na publicidade (art. 63)** — O art. 63 prevê dois tipos dolosos de omissão, no *caput* e no § 1.º e, depois, institui a modalidade culposa no § 2.º. Art. 63: “Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”. O § 1.º, diz: “Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado”. E o § 2.º, estabelece pena “se o crime é culposo”.

Os preceitos são amplos, firmados nos conceitos de “impropriedade” e “nocividade”, lançados de modo aberto. Impróprios e nocivos a que ou a quem? À saúde, aos bens, individuais ou coletivos, ao uso a que se destinam? Quanto à impropriedade, o art. 18, § 6.º, fornece critérios esclarecedores. Mas deve esse norteammento estender-se à nocividade e à periculosidade, que são mais do que a mera impropriedade? É claro que, sem nenhuma restrição à idéia central, surgirá a interpretação de que a noção abrange todo e qualquer tipo de impropriedade ou nocividade. Mas a amplitude excessiva enfraquece a norma penal. Não se esqueça que a razão do veto do artigo anterior foi exatamente a garantia constitucional, que exige que “a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada”.

É curiosa a circunstância da amplitude do tipo do art. 63, em se tratando de crime omissivo propriamente dito, ou seja, omissivo puro, em que não se exige



nenhum resultado. A modalidade dolosa é de crimes de mera conduta. Ora, o conceito de impropriedade e nocividade será aferido como mera conduta, sem verificação de resultado, em difícil, ainda que possível, labor mental pela previsão, acarretando a necessidade da perícia, provavelmente com elementos técnicos não usuais. Se ocorrido o resultado, não se estará mais no âmbito dos crimes especiais atinentes ao consumidor, mas diante de outro, como o de lesões corporais, dolosas ou culposas e o homicídio. Interessante questão vai ocorrer no tocante ao crime de periclituação da vida e da saúde (art. 136 do CP): qual crime prevalecerá? Arrisca-se a dizer que o atinente ao consumidor, ante a regra da especialidade da norma. Mas, nesse caso, a nova figura criminal não estará beneficiando o réu? A existência de um Código de Defesa do Consumidor, neste caso, não redundará em defesa...do fornecedor infrator?

De qualquer forma, frise-se que o *caput* se destina à “nocividade ou periculosidade de produtos”, ou seja, de bens entregues, ao passo que a figura do § 1.º, se destina a “serviços” e, neste caso, não há referência à nocividade, visto que só a periculosidade foi especificada, lembrando-se, nesse ponto, que o art. 20, § 3.º, destaca as condições de impropriedade dos serviços. E surge a questão: e se um prestador de serviços vier à casa do consumidor consertar um aparelho, utilizando produto químico nocivo à saúde e deixar o aparelho em situação em que ele se torne efetivamente nocivo, pela emanção resultante? Suponha-se que ele efetue propaganda a respeito e omita essas circunstâncias. Estará tipificado o delito do *caput* ou do § 1.º do art. 63? Ou os dois, em concurso? Pode haver concurso entre duas figuras constantes, afinal de contas, do mesmo dispositivo penal? Arrisco a opinião sujeita, evidentemente a revisão ante eventuais bons argumentos provindos do contraditório: será aplicado somente um dos dispositivos, o do *caput*, talvez pesando a conduta do § 1.º em meio às circunstâncias judiciais na dosagem da pena, ante o art. 59 do CP.

A forma culposa do § 2.º encerra problema quase insolúvel: como admitir forma culposa, que exige, como é assente, perigo concreto como base da culpa, em se tratando de crime de mera conduta, crime omissivo puro, em que é ínsita a não consideração de resultado? Provavelmente esse dispositivo será destinado à não aplicação, salvo se a realidade conseguir resolver o enigma para o qual, neste momento, não vejo solução.

**38. Nocividade ou periculosidade posteriormente conhecida (art. 64)** — O art. 164 prescreve: “deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”. A regra guarda clara similitude com a do crime de omissão de notificação de doença, previsto no art. 269 do CP; “Deixar o Médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”. O objeto jurídico é a incolumidade pública. Mas no tocante a que bens? Novamente o problema da indeterminação dos conceitos “nocividade” e “periculosidade”.

E, aqui, algumas dificuldades: qual fornecedor, na larga enumeração do art. 3.º será o agente do delito? Naturalmente o que houver praticado atos capazes de induzir-lhe a responsabilidade pessoal, determinada segundo o art. 29 do CP. A comunicação à autoridade competente é possível, desde que se saiba qual ela é. Mas qual? A que registra e autoriza o produto, ou a que tem incumbência de controle e alerta aos consumidores eventualmente atingíveis pelos produtos? Lembre-se de que se trata de produtos, os quais “migram” entre consumidores. Que consumidores devem ser informados? Os que adquiriram efetivamente o produto, ou “os consumidores”, entidade indeterminada, atingível por intermédio de avisos públicos pela imprensa? A prática, só a prática, poderá dizer.

**39. Deixar de retirar produtos do mercado (art. 64, parágrafo único)** — O parágrafo único do mesmo art. 65 aplica-se a “quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo”. A redação não esclarece tudo. O conceito de “autoridade competente” é importante, inserindo relevante questão administrativa a ser solucionada pelo Direito Administrativo. Prevê-se larga discussão, mormente quando concorrerem autoridades municipais e estaduais que se vejam como competentes para determinações, não raro incentivadas pela ansiedade publicitária francamente atraída pelo tipo de proteção e não se deixando de ponderar o apelo corporativista de segmentos do poder público que vêm influenciando a área. Se a autoridade não for competente, o que será discussão muito boa para um bom Advogado colocar, não haverá essa figura típica.

O “imediatamente” desse parágrafo também se prestará a dúvidas. E se não houvesse ele na lei, a retirada não teria de ser imediata? Se não, é claro que o atraso só poderia justificar-se pela insopitabilidade de problemas práticos na retirada, porque, afinal de contas, *ad impossibilia nemo tenetur*. Ora, ainda com o “imediatamente” na norma, não haverá escusa para a demora pelo fato objetivo da impossibilidade? Para que, portanto, o reforço enfático puramente verbal e indisfarçavelmente ingênuo do “imediatamente”?

40. **Serviço de alto grau de periculosidade (art. 65)** — O art. 65 pune “executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente”. Novamente o conceito de perigo, sem especificação se perigo público, perigo concreto a alguém, ou a bens, perigo potencial ou abstrato, o que fatalmente acarretará problemas operacionais na aplicação do texto.

Mas o perigo tem de ser de “alto grau”, conceito, naturalmente, relativo. E vamos pensar bem: se o serviço já foi caracterizado como perigoso pela autoridade, onde caberá o conceito de “alto” grau de periculosidade? Será que as autoridades terão de classificar a periculosidade em graus, para se configurar o crime? À ausência da classificação, que é de se antever, quem dirá se o grau é alto, normal ou baixo? Sem dúvida teria sido melhor não qualificar e deixar ao sabor da decisão técnica, naturalmente aparelhada para isso.

E, se realizado o resultado do perigo, com dano à pessoa ou à coisa, passa-se ao crime material previsto no Código Penal, homicídio, lesões corporais, dano ou outro, em virtude da expressa ressalva do art. 61: “sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais”.

A autoridade cuja ordem seja contrariada, tem de ser “competente”, ou seja, questão administrativa novamente, embutida na lei penal, incidindo as observações ensejadas pelo art. 64, parágrafo único, *supra*.

41. **Informação falsa sobre produto ou serviço (art. 66)** — O art. 66 diz: “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”.

Aqui surge o problema salientado no início, a respeito da configuração de crime mais grave, que a existência do Código de Defesa do Consumidor vai conseguir desclassificar para crime menos grave, atuando como lei de defesa do mau fornecedor em detrimento do consumidor.

Além disso, aqui se enumerou demais, não é? O dispositivo podia dizer: “produtos ou serviços” e já forneceria proteção mais que suficiente. Por exemplo: a durabilidade não está destacada no texto legal. Se a afirmação falsa for referente à durabilidade, teremos relevante questão de tipicidade, antevendo-se porta importante de tentativa de evasão da sanção penal.

42. **Patrocínio de oferta (art. 66, § 1.º)** — O parágrafo 1.º do art. 66 estabelece que “incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta”.

Sim, sem dúvida, mas após passar pelo crivo do art. 29 do CP, que estabelece, não se esqueça, que só pode ser punido “quem, de qualquer modo, concorre para o crime”, o que precisa ser solidamente comprovado, sem presunção nenhuma em detrimento do acusado, em favor de quem, também não se olvide, milita, no crime, devido a regra constitucional, a presunção de inocência “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII), regra não suprimida, evidentemente, pelo Código de Defesa do Consumidor.

43. **Patrocínio culposo de oferta (art. 66, § 2.º)** — O § 2.º do art. 66 estabelece pena especial “se o crime é culposo”. Esse dispositivo desafiará a argúcia acusatória, que se se quiser firmar, estará fadada a desafio às raias do quixotesco.

Como se pode pensar, ainda que como exercício de imaginação, que alguém faça “afirmação falsa ou enganosa”, o que é essencialmente doloso, ato humano com intuito específico de enganar, agindo por simples culpa? A contradição é fundamental e insuperável e o mesmo ocorrerá no tocante a “omitir informação relevante” por culpa.

44. **Publicidade enganosa ou abusiva (art. 67)** — O art. 67 vem causando imensa preocupação à publicidade nacional: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”.

Em primeiro lugar, a modalidade “deveria saber” deixa sem saber se visa a dolo eventual ou a culpa, ficando muito mal a qualidade técnica da redação no tocante às duas formas de elemento subjetivo, uma charada a ser decifrada pelo



Judiciário — como tantas que venho ressaltando no texto da lei, que me faz temer, desde já, o posterior direcionamento do clamor público contra o Poder Judiciário, como se diz, por “não aplicar a lei”, sem se pensar que o Judiciário está, sim senhor, aplicando a lei, quando deixa de aplicar texto deficiente em atingir propósitos divulgados mas não escritos na norma.

O mais preocupante são as questões de criatividade, que constituem grande parte do sal de nossas vidas e que texto humano nenhum tem direito de bloquear. A publicidade é larga parcela da estética do dia-a-dia acessível a todos os cidadãos, muitos dos quais desprovidos de qualquer outro acesso cultural. Bendita a criação publicitária, que instrui e diverte a todos nós, inclusive aos mais humildes que podem ver um *out-door* engraçado ou crítico, ou uma propaganda de televisão ou rádio, tantas vezes melhor do que os programas que estão sendo engolidos, não raro chatos ou nocivos, a ponto de ser muito bom quando volta a propaganda. Mesmo com exageros, até abusos, é boa a propaganda, que vai substituindo a escrita pedagógica e a divulgação institucional na formação de uma comunidade brasileira e moldando a nova unidade nacional. E é absurdo cerceá-la, acirrando-lhe o cérebro da burocracia, a lançá-la em camisa de força da discussão em um monte de papéis como são nossos pobres autos processuais! Tema-se a “birra” burocrática, invejosa da criação e, ansiosa de influir, não na publicidade em si, mas, de fato, nos mecanismos do poder, por brandir o fantasma do processo judicial, no meio publicitário e de formação de opinião pública!

Pois bem. Ainda em nome do sagrado pode vir o nocivo. Até onde irá a criatividade e onde começará o abuso do profissional que faz ou promove “publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”? Como ficará a chamada “propaganda hiperbólica” referida pelo Professor Jean Calais-Aulois na *Gazeta Mercantil* de ontem, ao relatar o caso de propaganda de malas “Sansonite” na França? A propaganda mostrava a mala em um campo de futebol, no meio do jogo, para destacar-lhe a durabilidade. Para mim parece muito claro que se tratava de recurso de criatividade, uma metáfora, ou hipérbole. Nunca pensaria que alguém pretendesse realmente pôr o produto no meio do campo para ser chutado durante o jogo de futebol como bola, para provar se resistia à guerra desportiva. Pois veio a ação judicial, movida por não sei quem. Os olhos da criação e os da burocracia opaca e rabugenta, estes tantas vezes freudianamente incomodados pelo brilho da luz alheia inacessível, são, realmente, incompatíveis!

Mas é claro que, se a propaganda afirmar, induzir, produzir a séria mensagem de qualidade de produto que não se concretize, estará ela sendo instrumento da fraude, do logro, de maneira que não se terá criação, mas puro e simples artifício, embuste, abuso contra o consumidor incapaz — ou insuficiente, como disse no começo — de maneira que será muito justo o enquadramento do esperto, transmutado em delinquente, na pena do art. 67 do Código de Defesa do Consumidor. A simples existência do dispositivo já levará, naturalmente, à cautela, o que é muito bom, esperando-se, entretanto, que não nos prive das maravilhas da criatividade...

**45. Os números das reclamações do consumidor** — Lendo a matéria da *Gazeta Mercantil*, que tenho em mãos, não posso evitar a referência a outra matéria do mesmo jornal e da *Folha de S. Paulo*, em simpósio realizado pelo dedicado pessoal da Secretaria de Defesa do Consumidor. Refiro-me à presença da *Ombuds* da Noruega, presente ao simpósio. Vejam bem: “nem *Ombudsman*, nem *Ombudswoman*, ou *Frau Ombudsman*, porque ela explicou que, na Noruega, em 1976, os cargos públicos tiveram seus nomes alterados de modo a valerem tanto para homens como para mulheres. Que diferença do nosso Brasil, em que se constroem nomes femininos para tudo, como conquista da mulher, surgindo, daí, nomes terríveis, como “Oficiala de Justiça” e “Capitoa da Polícia Militar”, nomes que, espero, o uso venha a sepultar nos dicionários ou nas mentes de onde nunca deveriam ter saído!

A *Ombuds* da Noruega relata que sua repartição funciona como uma agência, que recebe as reclamações, analisa-as e, vendo-lhes a procedência, remete-as ao Ministério Público para a propositura da ação penal, que é, evidentemente, ação penal pública, principal encargo do Ministério Público em todos os sistemas jurídicos. A *Ombuds* conta sobre cerca de três mil reclamações por ano na Noruega e o mesmo jornal traz entrevista do Secretário, Dr. Paulo Salvador Frontini, informando que, só na Delegacia do Consumidor da Capital, há cinco mil e setecentas reclamações por mês! Se a divulgação



publicitária do Código de Defesa do Consumidor vier, como se espera e é necessária, naturalmente esse número deverá aumentar muito. Como vêem, pela análise dos tipos penais e pelo prazo de prescrição, haverá dificuldade de realizar a efetiva punição esperada individualmente pelos reclamantes, para quem, não se esqueça, o seu caso será sempre o maior de todos, o único. Vejo que o Poder Judiciário, personalizado na Magistratura, corre o risco de ser exposto como responsável pela frustração individual dos cidadãos insatisfeitos. Quando ocorrerem os casos, pensem, por favor, antes de mais nada, nas falhas da própria lei e do próprio sistema operacional antecedente ao recebimento da denúncia do Ministério Público pelo Juiz e sejam justos com o Judiciário nesse ponto, como é preciso ser quando se apontam, com honestidade e sem preconceitos, suas falhas.

**46. Propaganda prejudicial ou perigosa (art. 68)** — O art. 68 destaca na publicidade a capacidade de induzir o consumidor “a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde”. No tipo está, naturalmente, embutida a anormalidade. A se levar a previsão legal com extremo rigor, estaria proibida a propaganda de produtos lícitos, como o cigarro e as bebidas em geral, ou os automóveis de grande potência, que podem correr muito e pôr a vida do motorista e circunstantes em risco.

Não é isso, evidentemente, que a lei quer coibir. Ela não visa à retirada de produtos do mercado por intermédio do decreto de morte da sua publicidade, insita às vendas. A prudência acusatória do Ministério Público e o crivo de normalidade das coisas em que o Juiz é forçosamente treinado pelo desfilar dos casos, darão os limites da amplitude da norma.

**47. Organização de dados da propaganda (art. 69)** — “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”. Este tipo penal é extremamente amplo, não se definindo, pelo seu enunciado, o sujeito ativo, se o anunciante, se a empresa de publicidade e, uma ou outra, sob que normas ou em quais limites. Normas administrativas que rejam a publicidade poderão estabelecer alguns parâmetros, possibilitando a concretização da norma penal, que, embora não obedeça à estrutura típica da norma penal em branco, terá, na prática, de ser aplicada com base nos princípios desta, ou com observância do que exigível do *homo medius* que faça publicidade, como anunciante ou profissional da área.

O que se afasta de pronto é a idéia de que o profissional da publicidade se transforme em espécie de censor do produto, uma espécie de IPT, ou Serviço de Informações, com arquivos tão minuciosos quanto a cada produto de cuja publicidade se incumba.

E, de qualquer maneira, se definida a incumbência do contratante ou do prestador da publicidade, ainda assim ficará dúvida de extremo relevo no aspecto penal: quem, pessoa natural, na clássica linguagem do Código Civil, ou, como hoje exclusivamente se fala, pessoa física, será responsável pela organização dos dados dentro de sua empresa? Relembre-se que só ele poderá ser responsabilizado penalmente e atente-se a que não se prevê modalidade culposa para o crime, de forma que não se poderá dizer que alguém, por imprudência, imperícia ou, sobretudo, por negligência, realizou a conduta. O crime, isso é importante, é de mera conduta, de maneira que não será preciso que se realize a publicidade, sendo suficiente que não se organizem os dados para ela, para se ter por configurado o delito consumado.

**48. Emprego de peças e componentes usados (art. 70)** — O crime do art. 70 é o seguinte: “Empregar, na reparação de produtos, peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor”.

O tipo penal apóia-se na regra de responsabilidade civil constante do art. 21 do Código de Defesa do Consumidor: “No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quando a estes últimos, autorização em contrário do consumidor”.

Aqui vem novamente a questão de retirada de parte do campo material de incidência possível do delito de estelionato, do art. 171 do CP. O logro, o ardid, a *mise-en-scène* de aparência de colocação de peça nova via ser especializado e, conseqüentemente, privilegiado no caso de lesão ao consumidor, passando o agente a ter pena menor do que se não existisse esse tipo penal na lei que declarou visar a coibir o abuso cometido pelo delinqüente.



Naturalmente não ocorrerá o delito se o agente, o mecânico “embrulhão”, digamos, com a licença do auditório para o termo vulgar, não possuir peças novas e não tiver como, nas circunstâncias, como um conserto à noite ou de urgência ou em região inóspita, como consegui-las. Mas a questão se complica: imagine-se que esse mecânico, de boa-fé, vá buscar o carro parado em lugar deserto e tenha de consertá-lo lá mesmo com peça velha para movimentá-lo e que, ao voltar, quando surgir a discórdia ante o preço, seja acusado de não ter obtido o prévio consentimento do consumidor, exigido pelo dispositivo. É claro que estará afastada a existência do delito, ficando, contudo, uma acerba questão entre um e outro no caso de mau funcionamento posterior do carro! Mas com o Direito Penal fora disso.

**49. Cobrança de dívidas de forma abusiva (art. 71)** — Art. 71: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer”. É evidente que a lei quis coibir a cobrança com conduta abusiva ou vexatória, quase um exercício arbitrário das próprias razões pelo credor, crime previsto no art. 345 do CP: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”, na bela e saudosa redação do Código Penal de 1940.

Um bom exemplo prático da figura típica era a ação das firmas de cobrança agressiva que existiram há um tempo, os chamados “Vermelhos”, que punham pessoas vestidas de vermelho em frente à casa ou ao estabelecimento comercial do devedor gritando para todos os pormenores da dívida não paga. Não tenho notícias atuais desses “Vermelhos” da reminiscência, mas acho que vão surgir problemas com a exposição de cheques, ou outros títulos, mas geralmente cheques, em painéis, alguns dos quais até artísticos, de bares, restaurantes e lugares de diversão, bem como com jornais ou impressos destinados tão-somente a publicar por publicar esses títulos.

Esse caso de jornal não se confunde com a publicação de intimações de protestos pela imprensa, no caso de não ser encontrado o devedor, nem com a publicação de listas de concordatas e falências, publicações que não são realizadas pelo credor e não dizem respeito à matéria sigilosa, sobre a qual se possa atuar com cerceamento ao direito de saber por intermédio da imprensa e, muito menos, com o direito de esta, sem censura, informar. No caso de jornal que publique títulos não pagos, aliás, a imprensa estará, também, amparada pela proibição de censura à imprensa, cânone constitucional (art. 5.º, § 9.º e 220, § 2.º, da Constituição Federal), de natureza, portanto, superior ao Código de Defesa do Consumidor.

O art. 71 possui o mérito de instituir crime de ação pública, ao contrário do exercício arbitrário das próprias razões, que é de ação penal privada. Também possui o mérito de alertar para o vexame na cobrança. Mas a fórmula encontrada, sobretudo a redação, é deficiente, podendo levar à pretensão de coibir atividades lícitas. Que é ameaça ou coação? É sempre a promessa de mal injusto e grave, donde não se configura no caso de “ameaça de protesto” ou de “ameaça de mover ação”, ou de “mandar o nome para o Serviço de Proteção ao Crédito”, ou publicar edital de protesto contra a alienação de bens, pedir falência e outras providências, atividades mais que lícitas, diante das quais vale a regra *non videtur malum facere qui jure suo utitur* ou, livremente, não pode provocar mal quem exercita seu direito. O mesmo se diga de cortar o crédito, pois ninguém pode ser compelido a dar crédito, a confiar em quem lhe deve e não paga, nem obrigado à caridade financeira ao fundo perdido.

Curioso o caso de a providência jurídica ser, a final, negada, declarada inviável, como ocorre em cobrança de verba controvertida, cujo processo seja perdido pelo autor, ou de apresentação de título cujo protesto venha a ser sustado e declarado ato indevido e outros casos semelhantes. Aqui se terá de ver o dolo, pois o crime é indistintamente doloso. Ele se configurará apenas se o credor, ou seu representante, tiver consciência da abusividade da cobrança ou da providência. Se se tratar apenas de discutibilidade judicial da verba, é claro que estará anulada a consciência da ilicitude. Caso contrário, convenhasse, toda sustação de protesto de sucesso, movida por consumidor, terminaria com ação penal contra o apresentante do título e assim por diante. O texto quis proteger o consumidor, sem dúvida, mas não pode ter querido coagir ilegalmente o credor a não exercitar seus direitos. Se quis, será, nesse ponto, ilegal, de maneira que inaplicável, diante da necessidade de preservar a justiça das normas jurídicas no Estado de Direito.



Duas expressões verbais desse artigo 71 são, para um dizer brando, curiosas: será que é possível expor o consumidor “justificadamente” ao ridículo, a ponto de ter sido preciso proibir que se exponha o consumidor, “injustificadamente”, a ridículo? E haja imaginação para pensar em alguma situação que não “interfira com (*sic!*) seu trabalho, descanso ou lazer! O excesso de proteção, denotado pelo excesso de palavras, é ingênuo, pois acaba levando à atipicidade e à desproteção.

**50. Impedimento de acesso a informações e omissão de correção de dados (arts. 72 e 73)** — Art. 72: “Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros”. Sua complementação está no art. 73: “Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata”.

Novamente a questão da responsabilidade da pessoa natural, a única que interessa ao Direito Penal. O detentor do banco de dados, das fichas e registros, que, aliás, não será “fornecedor” em muitos casos, fugindo à regra do sujeito ativo dos crimes de que tratamos, se for o próprio Estado ou pessoa jurídica, não poderá ser processado criminalmente, de maneira que a responsabilização terá de dirigir-se à pessoa natural, a exemplo do que ocorre com pequenos prestadores de serviços de cobrança. Mas nem sempre o “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações” será produto de dolo, ainda que eventual, do responsável pelo serviço e, lembre-se, responsabilidade, no criminal, não se presume, nem se admite por presunção. Como atribuir dolo a um dirigente de um grande banco de dados, arquivo ou, mesmo fichário, como os das Juntas Comerciais, dos Distribuidores de Protestos e Ações Judiciais, ou entidades privadas e crédito, se não informatizados, como deve haver ainda no País? Ou, mesmo informatizados, como responsabilizar criminalmente alguém, que, na verdade, seja vítima de séculos de improvisada prestação de serviços, viva realizando o melhor esforço por melhorá-los e tenha de responder criminalmente pelo que lhe é impossível alterar?

Não se imagina a possibilidade de correção imediata de homonímia, se apenas se registrar o nome em fichário, arquivo ou banco de dados, sem outros elementos, como o CIC, RG, filiação. E lembre-se de que o Código de Processo Civil não exige esses dados da petição inicial, de maneira que, em se tratando de informações providas de ações judiciais, serão necessários processos naturalmente custosos de comparação de papéis para a diferenciação entre as pessoas. Não há dúvida de que o “imediatamente” desejado pelo Código de Defesa do Consumidor nesse ponto, nem sempre será imediato.

Fui Corregedor dos Cartórios Distribuidores de ações e de protestos da Capital do Estado. Havia nomes que, só de desquites e separações, tinham dezenas de registros, que, evidentemente, não pertenciam a uma pessoa só. E os protestos referentes a nomes como João Batista da Silva, dos Santos, de Almeida, José, Antonio, João, Mário, com nomes de família comuns? Graças a Deus não havia, à época, o dispositivo dos arts. 72 e 73 do Código do Consumidor, para assombrar o recrutamento de funcionários para setor já naturalmente difícil!

De qualquer modo, postos de lado os casos, vamos dizer, teratológicos, ou de absoluta impossibilidade, em que não se pode exigir conduta diversa da permitida pela realidade das coisas, os dispositivos dos arts. 72 e 73 poderão prestar bons serviços na melhoria dos bancos de dados, de modo a evitar anotações e constrangimentos indevidos. Não se esqueça que, para saber o que consta dos bancos de dados, cabe *habeas data* (art. 5.º, LXIX, LXXII e LXXVII, da Constituição Federal).

**51. Recusa de entrega do termo de garantia (art. 74)** — O último crime é o do art. 74: “Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo”. Aqui se deve frisar que o dispositivo não pode resultar em entrega de termo de garantia em casos em que não seja ele necessário. A aplicação deve dirigir-se precipuamente aos bens de consumo durável, valendo a individualização com o artigo definido, “o termo de garantia”, para a seguinte dicção: “nos casos em que cabível o termo de garantia”, porque “o termo de garantia” é “aquele” que existe somente nos casos em que é possível e necessário. Nesses casos, entretanto, não será necessário que o consumidor peça o certificado de garantia, que lhe deverá ser sempre entregue, independentemente de qualquer ato condicionante a cargo do comprador.



Haverá margem de discussão, evidentemente, mas o melhor caminho, sem dúvida, é o que se expôs. Lembre-se que a responsabilidade no campo civil é substitutiva, mesmo no caso de inexistência de termo expresso de garantia ou de existência de escrito visando refugá-la (art. 24 do CDC).

**52. Responsabilidade pessoal do diretor, administrador ou gerente (art. 75)** — A referência ao art. 75 diz respeito “ao diretor, administrador ou gerente”. Diz o art. 75: “Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide nas penas a esses (*sic*) cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas”.

A primeira parte do dispositivo não contém novidade, é a regra do art. 29 do CP, embora com redação piorada. A complicação surge no chamado concurso de pessoas, ante o disposto na segunda parte do artigo, visando a atingir “o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir” etc. Não é possível presumir causalidade penal relativamente a ninguém, ante o princípio da personalidade da responsabilidade penal de que já falei. Será preciso, sempre, ver se o gerente, o administrador ou outro dirigente teve conhecimento pessoal da questão de fornecimento, se tomou alguma decisão a respeito, de modo a ter consciência da atividade típica, tanto para a modalidade dolosa, como para as culposas possíveis.

Não se pode responsabilizar por algo como omissão de fiscalização, em se tratando de crime doloso. Relembre-se que não é possível, sem previsão legal expressa no tipo penal, responsabilizar alguém, culposamente, pelo cometimento de crime por outrem, a título doloso. A redação do dispositivo, aliás, demonstra a dificuldade em que o redator se viu em colocar a idéia no texto. É evidente, para o leitor atento à consequencialidade das relações sintáticas, a “quebra” do texto a partir do “bem como”. A própria sintaxe se rebelou contra a mistura de conceitos penais que, até lingüisticamente, mutuamente se repeliam.

**53. Circunstâncias agravantes (art. 76, I)** — O art. 76 estabelece as circunstâncias agravantes: “São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I — serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade”.

Calamidade é conceito fácil, é o fato desastroso, oriundo das forças da natureza, com ou sem colaboração humana, e, naturalmente, é mais grave a conduta de quem lesa o consumidor nessas circunstâncias; é como quem furta ou rouba vítimas de catástrofe. Mas será preciso ver se, em virtude da calamidade, não poderá ser invocado o agir em estado de necessidade, justificativa que certamente será alegada, mas com a conhecida dificuldade de sucesso. A “grave crise” é noção difícil. Em nosso País há muito tempo que não se vê época, ainda que não seja das piores, que não seja verbalizada como de “grave crise”. A crise crônica dificilmente será caracterizada como agravante, pois compõe a normalidade entre nós...

**54. Circunstâncias agravantes (art. 76, II)** — “Ocasionarem grave dano individual ou coletivo”. Essa agravante é intuitiva e muito bem posta. O mesmo já não se pode dizer da seguinte: “III — dissimular-se a natureza ilícita do procedimento”. Nesta, afinal de contas, se o procedimento é ilícito, é claro que o agente vai dissimulá-lo sempre, não se podendo imaginar que vá ostentar a ilicitude, de maneira que, a rigor, a agravante encerra uma *contradictio in terminis* destinada à não aplicação.

**55. Circunstâncias agravantes (art. 76, IV)** — As agravantes do inciso IV são curiosas: “Quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola, de menor de 18 ou maior de 60 anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditas ou não”.

A letra a é bem razoável. A letra b contém proteção de caráter bizarro, que fere a isonomia do tratamento dos cidadãos: privilegia-se o operário ou rurícola em geral, imaginando-o sempre despossuído e facilmente enganável, mas, convenha-se, e se for ele um experimentadíssimo homem, situado no seu tempo, esclarecido, por exemplo, pela vida sindical, pela liderança comunitária ou na empresa, a ponto, recorde-se, de disputar com sucesso cargos eletivos da maior relevância na República? É claro que, nesse caso, não se estará mais diante do conceito de “operário ou rurícola” destinatário da maior proteção.

O que a lei quis foi proteger o mais fraco, de maneira que devia ter dito isso diretamente, dirigindo-se a todas as categorias de cidadãos, desde que mais fracos, como os desempregados fracos em geral, que não são, especialmente, protegidos, porque, como desempregados, não são nem operários, nem rurícolas. Aliás, e os índios não aculturados? Para serem mais protegidos, deverão ser qualificados como “portadores de deficiência mental”? É inevitável pensar que o destaque de “operário ou rurícola” acaba significando um destaque negativo, quase uma ofensa, em vez de maior proteção.

**56. Circunstâncias agravantes (art. 76, V)** — A parte final das agravantes é bem razoável ao punir com pena mais elevada os crimes: V - “praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”.

**57. Pena pecuniária (art. 77)** — A pena pecuniária está prevista no art. 77: “A pena pecuniária prevista nesta Seção será fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Na individualização desta multa, o Juiz observará o disposto no art. 60, § 1.º, do CP”. A novidade é a proporcionalidade da pena pecuniária à pena privativa de liberdade que seria aplicada. Vai atingir uma quantidade muito grande de dinheiro em alguns casos, o que, se bem divulgado, poderá produzir efeito muito maior do que a efetiva aplicação da pena, cumprindo-se o objetivo das normas, antes de mais nada, pela prevenção geral, o que se quer, visto que o que antes de mais nada se deseja da lei penal é que ela iniba os potenciais delinquentes de cometer delitos.

Mas a pena, tirante o valor, em nada avançou, não foi criativa. A execução da multa é burocratizada, passando, no caso de não pagamento espontâneo, a depender do custoso mecanismo de execução civil estabelecido pelo art. 164 da LEP (Lei n.º 7.210, de 11.7.1984): “Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”, seguindo-se, depois, “o que dispuser a lei processual civil” (§ 2.º do art. 164 citado).

Tive a oportunidade de ver na Alemanha uma imposição de multa extremamente informal e eficiente, em caso de menor gravidade, cujo exemplo nós poderíamos seguir. O Juiz perguntou ao acusado, desacompanhado, aliás, de Advogado, se admitia a acusação, não para o efeito de condenação, mas para fazer uma doação a uma instituição de caridade. Diante da concordância do acusado, o Promotor propôs um valor preciso e o acusado pediu a redução, dizendo que era muito para o seu ganho e o Juiz fixou uma importância intermediária, acertou com o acusado o dia do pagamento, indicou-lhe o nome e o endereço do presidente de uma instituição de caridade necessitada de dinheiro, dados que anotou em um papelzinho muito simples e entregou ao acusado, fixando para este uns dias depois da data do recebimento do salário para vir entregar a ele, pessoalmente, o recibo... Quem serão os teóricos? Esses alemães práticos, que chegaram à reunificação relâmpago exatamente porque sempre fazem assim, ou nós, com nosso imenso burocratismo, antes apenas histórico e individual e, agora, realimentado pelo interesse corporativista?

A execução da multa atinente aos crimes contra o consumidor devia ter sido estabelecida em moldes mais práticos, aproveitando-se da novidade da matéria para a criatividade. Ou, se mantido o critério dos dias-multa, que se regrasse uma nova forma de correção, diferente do sistema de variação dos BTNs, que já sucedem às ORTNS do Código Penal e um dia serão fatalmente substituídos por não se sabe o quê. Se era para indexar, porque não estabelecer já de uma vez um tanto por cento do valor do salário mínimo do dia do pagamento efetivo? Cálculo fácil, de modo que a multa poderia ser paga nos bancos, com vantagens para todos, inclusive para o giro financeiro nacional!

**58. Penas alternativas (art. 78)** — Há penas alternativas previstas no art. 78: “Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternativamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do CP: I — a interdição temporária de direitos; II — a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, a expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III — a prestação de serviços à comunidade”.

A novidade é a publicação da notícia sobre os fatos, prevista no inciso II. Mas, a rigor, trata-se da repristinação, disfarçada com caráter de pena principal,



da antiga pena acessória de publicação da sentença, que constava do Código Penal na redação de 1940, uma boa intenção, que teve pouca, quase nenhuma, aplicação prática, dado o cuidado de não expor o condenado à humilhação pública decorrente da divulgação e ante as dificuldades de publicação gratuita de peça processual naturalmente longa como a sentença, em jornais integrantes da imprensa particular, que são os de efetivo alcance público.

**59. Fiança (art. 79)** — A fiança é regrada pelo art. 79: “O valor da fiança, nas infrações de que trata este Código, será fixado pelo Juiz, ou pela autoridade que presidir o inquérito, entre cem e duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional — BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo. Parágrafo único — Se assim recomendar a situação econômica do indiciado ou réu, a fiança poderá ser: *a*) reduzida até a metade de seu valor mínimo; *b*) aumentada pelo Juiz até vinte vezes”.

A fiança é uma contra cautela, destinada a manter em liberdade, mediante a privação patrimonial, o acusado que deveria ficar preso durante o processo, quando não fosse possível a liberdade provisória, aplicável à prisão em flagrante em virtude do disposto no art. 310, parágrafo único, do CPP.

O valor da fiança do Código de Defesa do Consumidor é considerado elevado, com autorização a elevar-se ainda mais, no caso da letra *b* do art. 79, mas, nesse caso, lembre-se, apenas por decisão do Juiz, não da “autoridade que presidir o inquérito” (*caput* do artigo), a qual estará limitada aos extremos entre cem e duzentas mil vezes o valor do BTN, podendo, entretanto, reduzi-la até a metade do valor mínimo (letra *a*), mas jamais a podendo aumentar.

**60. Assistentes do Ministério Público (art. 80)** — Para encerrar, o art. 80: — “No processo penal atinente aos crimes previstos neste Código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como Assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal”.

Libera-se um tanto do acesso à ação subsidiária e à intervenção da vítima, o que é excelente abertura à efetividade da persecução penal, em um processo pobre em informações probatórias como o brasileiro, em que a fixação de indenização às vítimas se faz no cível, em outro processo, privando-se o processo criminal da imprescindível ajuda da vítima na sustentação da acusação. O Código, encarregando o Ministério Público da ação penal pública, bem como assegurando-lhe grande quantidade de poderes, inclusive no campo extrapenal, traz, aqui, reforço considerável à persecução penal, cedendo, sem dúvida, ao realismo das coisas: a boa acusação é a que se faz com a participação efetiva da vítima.

### III — CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PALESTRA

**61. Referências** — Pedindo desculpas pelo tempo tomado, desejo documentar algumas referências e formular agradecimentos. À Secretaria de Defesa do Consumidor, na pessoa do seu titular, Dr. Paulo Salvador Frontini, pelo envio de material; ao Dr. Alberto Zacarias Toron, Presidente da Associação dos Advogados Criminais, que me cedeu anotações preparadas para uma palestra que fez na Associação dos Advogados de São Paulo; ao Sr. Luís Sales, da Salles Interamericana, por enviar-me informações de seminário realizado por sua empresa, e ao Dr. Jacy de Souza Mendonça, Presidente da Anfavea, que me franqueou cópia de manifestação do seu segmento da atividade econômica na tramitação legislativa do Código. Colhi subsídios muito bons em trabalho do Professor Sérgio Marques de Moraes Pitombo, publicado em coletânea organizada pelo Dr. Eduardo Augusto Muylaert Antunes e em material de seminários daqui do Itaú, especialmente manifestações dos Professores Álvaro Villaça de Azevedo e Vicente Greco Filho.

**62. Agradecimentos** — Muito grato aos prezados amigos Professor Cláudio Salvador Lembo, que sugeriu meu nome para esta exposição e veio aqui suportá-la; ao Dr. Luciano da Silva Amaro, querido amigo dos tempos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que aqui reencontrei; à Dra. Maria Elizabete Vilaça Lopes, eficiente coordenadora dos trabalhos, ao Dr. Ariovaldo Manoel Vieira, mestre da matéria, especialmente no que diz respeito às suas implicações penais e aos demais participantes dos trabalhos que compõem a mesa. Agradeço a atenção de todos os presentes, destacando especial gratidão ao atencioso auditório. Volto a pedir escusas pelo tempo que lhes furtei, submetendo-os à penosa espera do momento certamente mais aguardado desta palestra, que é o em que digo que ela realmente chegou ao final. Muito obrigado.

## 2.ª Parte: Os Debates

1) DR. CLÁUDIO SALVADOR LEMBO:

### 63. **Peculiaridades da linguagem das leis atinentes ao consumidor** —

Dra. Maria Elizabete Vilaça Lopes: Agradeço a exposição brilhante do Professor e passo a palavra ao Dr. Cláudio Lembo para iniciar os debates. DR. CLÁUDIO LEMBO: — A Dra. Elizabete sempre me coloca aqui de surpresa, é a segunda vez que estou aqui presente e me acontece essa mesma colocação. Eu acho que o nosso Professor Sidnei Beneti hoje colocou com muita clareza e perplexidade agora perante o cenário penal. Eu tenho acompanhado o assunto e tenho procurado também ir à doutrina estrangeira, que também é parca na matéria. Tenho lido alguns autores franceses e chego à conclusão de que todos nós estamos muito perplexos, mas essa perplexidade não é apenas brasileira e a partir desse Código mal redigido efetivamente; os franceses têm uma lei específica na França, a Lei Royer, e eles mostram que também lá a terminologia é extremamente negativa, também lá, até, Gerard Cas diz que tudo que se escreveu sobre o consumidor efetivamente é escrito em linguagem popular e popularisca, porque dirigido ao grande público e portanto à grande massa. Eu creio portanto que nós todos estamos sendo rigorosos na análise desse Código.

64. **Lei em ciclos “romântico e clássico”** — O Professor Sidnei teve oportunidade de fazer uma pequena ironia em função de um diálogo que mantivemos no carro vindo para cá: este Código é efetivamente a conclusão de um ciclo romântico da história político-social do Brasil. Eu li também isso num autor americano que trata do Direito do Consumidor: que toda sociedade tem ciclos românticos e ciclos clássicos. Nós estamos caindo no ciclo clássico. Os ciclos clássicos são monótonos, nós então agora vamos buscar o passado, vamos buscar toda aquela doutrina que foi assentada no tempo e temos que ler peças românticas e recolocá-las num cenário jurídico maior, mais assentado. Mas o Código tem essa vantagem, eu acho que permite que novas entidades econômicas, entre elas o consumidor especificamente, possam aflorar na sociedade, ser efetivamente analisadas e ter uma atuação bem especificada.

É realmente dramática a linguagem utilizada, mas não é só da nossa legislação, é própria de um ciclo romântico que ocorreu antes nos outros países, agora chega ao Brasil, porque a “caravela sempre chega atrasada”, e, com o processo todo de redemocratização, acredito que o que vai acontecer é o que o Professor Sidnei Beneti mostra: é que agora as coisas vão se clareando e os padrões clássicos vão se colocando e nós vamos ter até um ciclo histórico clássico sem grande vibração em que se porá a casa em ordem. Depois virá outro ciclo romântico que é sempre muito mais agradável, porque todos se tornam heróis, todos fazem leis como a Constituição nossa, que é extremamente heróica, é uma carta de intenções. Vamos ter que pôr ordem também na Constituição e nessa lei com o tempo. A jurisprudência terá certamente uma função fundamental nesse ciclo que se inicia, que eu chamaria de ciclo clássico, a partir do autor americano. Os Juízes vão ter uma função fundamental que vai pôr ordem na casa mental dos brasileiros que pensaram que na utopia resolveriam os problemas; daí o nosso Código do Consumidor, que nem é código, é lei ordinária. Chamar de código já começa a falácia nesse ponto. Mas que seja Código porque a Constituição exigia código. É “produto enganoso” esse código porque é lei ordinária, mas a Constituição falava em código, para o que o quórum seria qualificado...

Mas eu acho que os dois conferencistas a que eu assisti, o Fábio Ulhoa Coelho e hoje o Sidnei, ambos foram duros na análise do Código. Talvez a velhice me faça ser mais ponderado. Faz parte do ciclo romântico e os Juízes é que terão essa angústia, mais do que nós, Advogados, de pôr a casa em ordem e aí é um problema muito sério para o Poder Judiciário também.

65. **O avanço legal e o trabalho do Judiciário:** Dr. Sidnei Beneti: Concorro com o Dr. Cláudio. Acho que se não for assim, arriscando-se ao erro, à crítica, como o fez o código e o faço agora a tecer considerações sobre ele, antes do amparo doutrinário e jurisprudencial, efetivamente não se faz nada. O Código de Defesa do Consumidor a meu ver, deixa muito a desejar em várias passagens, em que poderia apresentar melhor construção, mas, sem dúvida, como disse no início, acumula muito mais pontos positivos do que negativos, trouxe regulamentação corajosa a muitas matérias que precisavam mesmo de lei e abre boas perspectivas no sentido da promoção das relações de consumo a formas mais civilizadas, inclusive ante o só fato da sua existência. Claro que algumas pessoas, nós todos entre elas, terão dificuldade inicial na aplicação do Código, mas o produto social, em princípio, será um avanço. No mais, é apenas



aquilo que o Judiciário sempre tem que fazer, que é sua obrigação, ou seja, acertar o comando legal no caso concreto. Quando foi promulgada a Constituição, tive a oportunidade de, em saudação ao Ministro Sydney Sanches <sup>(4)</sup>, em meu Tribunal, dizer que, terminado o trabalho do legislador constituinte, começava a constituinte da prática, que iria ser feita pela sociedade e pelo Poder Judiciário. O mesmo vai ocorrer com o Código de Defesa do Consumidor, que, a despeito de todos os problemas que nele encontramos, que aliás é sempre fácil encontrar criticando obra feita e difícil de fazer, considero realmente um avanço e acho muito bom que exista.

II) Dr. ARIIVALDO MANOEL VIEIRA:

66. **Amplitude dos tipos penais** — DRA. MARIA ELIZABETE: gostaria agora de ouvir o Dr. Arioaldo nas considerações que ele tiver. DR. ARIIVALDO VIEIRA: Dr. Sidnei, nós da área criminal fizemos aqui um estudo, eu e meus colegas, sobre os vários dispositivos, cerca de vinte dispositivos, da parte das infrações penais. Agora estou me sentindo um pouco mais confortado porque vejo que estou bem acompanhado, nós estamos bem acompanhados, porque na nossa discussão nós levantamos várias dúvidas, algumas delas já resolvidas na sua brilhante exposição, mas o fato é que se nós tivéssemos o poder de veto nós com certeza retaliaríamos esse Código amplamente. Nós entendemos que na parte penal os artigos se utilizam de expressões, no mínimo amplas, não se aplicariam, no nosso entender, ao Direito Penal, como o senhor bem disse, cujos tipos são caracterizados por verbos. Nós temos, só para lembrar algumas expressões, como o senhor também já disse na sua exposição, “informação relevante”, por exemplo, “grave crise econômica”, “periculosidade do serviço” e outras tantas em apenas vinte artigos. Nós temos também no nosso entendimento expressões que foram colocadas no texto inversamente, como é o caso do artigo 71, por exemplo, que diz “injustificadamente” e o artigo 64 que diz “imediatamente”: “Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”. E vem o parágrafo único: “Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado imediatamente quando determinado pela autoridade competente os produtos nocivos ou perigosos na forma desse artigo”.

67. **“Imediatamente” e concurso formal no crime de desobediência (art. 64, parágrafo único)**: Nossa primeira observação: além de entendermos que está mal colocada essa expressão, acho que ficaria melhor “quem deixar de imediatamente” ou “retirar imediatamente do mercado”, mas essa expressão “imediatamente”, pelo que nós concluimos, como ela será resolvida pela jurisprudência? Segundo ponto: a não retirada dessas mercadorias, nós estaríamos num concurso formal talvez de crimes com o crime de desobediência?

DR. SIDNEI BENETI: Acho que com “imediatamente” o que se quis é que se tire sem prazo, tire de imediato. Mas o termo “imediatamente” é diferente de prazo certo, digamos, 48h, de modo que deverá ser interpretado como “razoável”, “o que for necessário” a se efetivar a retirada, e, em cada caso, terá que ser fixado pela jurisprudência. É muito diferente o tipo de produto singelo que seja colocado no mercado e aquele que seja espalhado por uma dimensão territorial como a do país. Vão ocorrer casos também forçosamente demorados, porque a tarefa pode ser vista na velha imagem do reenchimento do traveseiro de penas que foi aberto e, nesse caso, a impossibilidade prática de cumprimento “imediato” será uma causa de exclusão de ilicitude, porque não se pode exigir uma conduta que seja faticamente impossível.

Ocorrerá concurso formal do parágrafo único do art. 64 com desobediência? Tenho a impressão de que não. A pergunta é se só incide esse tipo penal ou se também ocorre o delito de desobediência. O art. 64, § 1.º, especializou a conduta, especializou um tipo de desobediência entre muitas desobediências possíveis, punindo-a com a pena, nesse caso, maior. O verbo “desobedecer”, utilizado pelo art. 330 do CP, abrange a idéia de “deixar de retirar”, de maneira que apenas esta última conduta valerá, por ser especial, de modo que uma ação material possível foi retirada da ação mais abrangente de “desobedecer”. A tendência da jurisprudência será essa.

68. **A Polícia como “Primeira Instância” e a divulgação da Imprensa**: Dr. ARIIVALDO VIEIRA: O que nos deixa bastante perplexos é que, abstraindo a teoria, como disse o Dr. Cláudio Lembo, estamos vivendo um

(4) cf. *Julgados do Tacrim* 96/462



ciclo, mas nós que enfrentamos a ponta da linha, ou seja, a execução, nós Criminalistas, costumamos dizer que a Primeira Instância é a Polícia e infelizmente eu tenho quase que certeza que vamos nos deparar aí com Delegados e com o poder discricionário, com Escrivães. Outro dia aqui no próprio curso com os colegas da Philco, vimos isso, quer dizer, o Código apenas foi noticiado pela imprensa e já tivemos notícia de que a Philco mantém um atendimento ao consumidor e nós já tivemos notícia de que no interior do Rio Grande do Sul já num caso específico o Delegado está determinando a troca do aparelho de televisão.

**DRA. MARIA ELIZABETE:** nem entrou em vigor o Código.

**DR. ARIIVALDO VIEIRA:** Então eu creio que quando esse Código realmente começar a vigorar nós teremos a Imprensa... Eu tive a oportunidade, só para dar um exemplo, de estar na Polícia Federal quando foram presos os proprietários do Grupo Eldorado e pude assistir ao constrangimento e ao vexame que eles passaram. Estava inclusive uma senhora da família Veríssimo, estavam passando ali pelas mãos dos Policiais e da Imprensa e quando saíram havia uma multidão ali na porta, multidão que deu uma senhora vaia no pessoal. Esse constrangimento inicial eu creio que, em razão da inabilidade do legislador na caracterização de cada tipo, certamente irá ocorrer.

**69. Fazer afirmação falsa: forma culposa (art. 66, § 2.º):** Nós teríamos algumas críticas e gostaríamos de ouvir a sua opinião quanto ao artigo 66, especialmente a forma culposa, o § 2.º que estabelece também forma culposa para fazer afirmação falsa. Então, aí a nossa dúvida. A forma culposa todos nós sabemos que é aquela conduta sem intenção. Como admitir uma forma culposa de fazer afirmação falsa? Como alguém pode fazer uma afirmação falsa sem intenção?

**DR. SIDNEI BENETI:** Sem dúvida é procedente a observação. Jamais alguém poderá realizar por culpa atividade essencialmente dolosa. Mas surge uma questão: é impossível cometer pessoalmente o crime, mas o que se poderá tentar é a acusação de haver outra pessoa como agente da forma culposa: sabendo que há uma probabilidade de vir a ser afirmado falsamente, esse outro agente, prevendo, sabendo que o resultado deverá ser produzido, age em conduta que o enseje. Mas ainda aqui haverá dificuldade para a realização do crime, pois não se admite co-autoria ou co-participação culposa em crime doloso. O dispositivo, ao que parece, será fadado à não aplicação. Seria, talvez, o caso de alguém que sabe que está sendo desenvolvida venda de produto pela sua empresa contendo afirmação falsa e a tolera, resolve não intervir, supondo que, no fim da linha, alguém pegue a falta e o produto não saia; mas ele sabe da falsa afirmação e a vai tolerando. A prova disso será terrível. Acho que na prática talvez não se tenha nenhum caso de acusação viável.

**70. A Maturidade da aplicação prática do Código** — Talvez nós tenhamos sorte com esse Código porque ele vai demorar para entrar em vigor. Até lá a doutrina vai escrever e essa doutrina deve chegar inclusive aos Delegados de Polícia e aos Promotores, que também vêm prometendo trabalho de campo. No caso da família Veríssimo que o senhor acaba de relatar, parece-me que as prisões foram por ordem judicial, o que torna mais grave a questão em razão do estrépito da Imprensa; o estrépito governamental de ocasião, uma coisa terrível. Outra sorte que nós teremos nesse Código é que as leis não são feitas para estrépito, as coisas são compartimentos diferentes. E, a julgar pelo modo pelo qual foram escritos os vetos, não se deve antever, no âmbito federal, uma adesão muito séria, maciça, em termos de comando de mídia, por parte do atual Governo Federal, que poderia ser o grande incentivador de providências apressadas, impulsionadoras de arbitrariedades, ante o peso do Governo Federal em captar a inteligência dos destinatários das mensagens veiculadas e transformá-los, por exemplo, em “fiscais do Sarney”, como ocorreu no Plano Cruzado. Acho que a implantação desse Código vai acabar se fazendo de forma um pouco mais meditada e um pouco mais pacífica, ainda que haja empenho de alguns governos estaduais ou municipais, chegando-se àquilo que é o normal nas coisas, àquilo que realmente se deseje. Com a divulgação que é necessária, mas sem “forçamento”, para usar palavra clássica, com que na Idade Média se designava o crime de estupro sob o título de “das mulheres forçadas”... acho que nós teremos um pouco mais de maturidade nesse caso.

**71. O Uso do “condicional” para crime doloso (art. 67)** — **ARIOVALDO VIEIRA:** Com a leitura desses artigos o que parece é o seguinte: o legislador



deve ter-se munido com uma carabina 12, que espalha chumbo e acerta todo mundo. Parece que a intenção foi essa. Na sequência eu gostaria de também ouvi-lo mais a respeito do problema do 67: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou ‘deveria saber’ ser enganosa ou abusiva”.

DR. SIDNEI BENETI: Isso é pavoroso.

ARIOVALDO VIEIRA — Aliás, essa expressão está contida em três artigos.

DR. SIDNEI BENETI: É pavoroso. Do ponto de vista técnico é possível exigir que a pessoa soubesse, é a modalidade culposa. Isso existe no delito de receptação culposa: a pessoa adquire o produto que sabe de origem ilícita ou que deveria presumir ilícita, mas a lei estabelece o porquê: “pela condição de quem a oferece”, “pela desproporção entre o valor e o preço”; há todo um regramento da forma aberta. E o tipo do art. 180 do CP diz “deve” e não “deveria”. Aqui não houve pudor de usar o condicional, que, hoje em dia, aliás, mudou de nome, é “futuro do pretérito”, mas que não se deve usar em linguagem jurídica precisa; todo Juiz sabe que na sentença nunca se usa o condicional e na lei também não se deve usar, especialmente na lei penal, que deve ater-se à linguagem do presente ou do infinitivo, que é uma forma de presente durável, permanente.

ARIOVALDO VIEIRA: Nos três artigos não aparece a forma culposa, ele não estabelece a forma culposa para nenhum dos três artigos onde aparece essa expressão.

DR. SIDNEI BENETI: Os crimes são dolosos porque os dispositivos não dizem que sejam culposos e o art. 18, II, do CP estabelece que a lei tem de destacar a modalidade culposa quando a deseja punir: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor com o condicional não são destacados como: “crime culposo” ou “modalidade culposa”, de maneira que mesmo o condicional fica inserido no dolo, para tentar jogar com o dolo eventual, em que o agente não quer o resultado mas assume o risco e aqui se tentará justificar o condicional, de produzi-lo. Não sei se surgirá algum trabalho doutrinário tentando sustentar as formas culposas autônomas não declaradas, mas, certamente, a jurisprudência se orientará no sentido de negar a modalidade culposa decidindo porque os julgados decidem e não apenas opinam, argumentam ou dão entrevistas, pela inexistência da figura culposa.

Se se pretendeu atingir a culpa, englobando-a nos dispositivos, ocorreu, então, outra coisa muito grave: se está embutida a modalidade culposa, teremos a modalidade culposa punida com a mesma pena de atividade dolosa. Toda atividade culposa tem uma pena inferior, o que talvez ajude a fulminar essa possível intenção de embutir uma atividade culposa. Mas é provável que os fatos já caíam em termos de tipicidade, tipos muito abertos, sem enumeração de elementos sensíveis dos quais se pudesse inferir a culpa, porque a culpa é sempre uma tipicidade penal anormal, de modo que o tipo penal que a abrange nunca descreve tudo, ela remonta a uma atividade e se firma na previsibilidade, mas para se prever colocam-se alguns elementos sensíveis que induzem o raciocínio para a previsibilidade, elementos que aqui não há. Acho que a jurisprudência fulminará as preocupações. Talvez o difícil esteja nos Delegados e eventualmente alguns Promotores que os senhores vão enfrentar, visto que eles têm margem menor de liberdade interpretativa ante o comprometimento do direcionamento à acusação, mormente em matéria de tanta repercussão na opinião pública. Mas confio na ponderação de todos os segmentos profissionais que levam à realização de Justiça.

**72. Dupla penalidade (art. 78, II)** — Dr. ARIOVALDO VIEIRA, só para concluir, nós gostaríamos também de ouvi-lo sobre essa duplicação de pena até de uma forma degradante proibida pela Constituição, no art. 78, II, porque o art. 78 diz que além das penas privativas de liberdade e de multa poderão ser impostas também a interdição temporária, a publicação de notícia em órgãos de grande circulação e a prestação de serviços à comunidade...

DRA. MARIA ELIZABETE: Cumulativa ou alternadamente...

ARIOVALDO VIEIRA: Mas cumulativa ou alternativamente parece-me que são os incisos; a pena privativa de liberdade, pelo que está aqui, sempre será imposta, cabendo ao Juiz depois cumular de forma alternada ou não as penas. O inciso II, por exemplo, se o nosso raciocínio estiver correto, diz que além da pena privativa de liberdade ou de multa, ele ainda será condenado a publicar



em órgãos de comunicação às suas expensas e condenação. Isso não é degradante?

**73. Renascimento de penas acessórias (art. 78, II) — DR. SIDNEI BENETI:** No tocante ao pagamento da publicação da notícia, apenas se quis determinar quem paga; é uma regra financeira aqui. Mas realmente há uma duplicidade penal. O que o Código de Defesa do Consumidor fez foi disfarçadamente reinstituir as penas acessórias. Existem no Direito Penal as penas principais que são a privação da liberdade e a multa, aplicadas cumulativa ou alternativamente, e as acessórias: a interdição temporária, publicação de notícia e a prestação de serviços à comunidade. O sistema penal brasileiro banuiu as penas acessórias, não há penas acessórias mais na legislação brasileira, objeto de tanta má vontade por parte do meio jurídico, que o Código do Consumidor nem mesmo denominou essas penas de acessórias, preferindo chamá-las de cumulativas, o que, a meu ver, não lhes altera a essência. Para essas penas sobreviverem, teremos que imaginar que não sejam acessórias ou, se assim se considerarem, teremos que pensar que, por um diploma legal específico, está mantido o sistema de penas acessórias. Isso não é vedado pelo Código Penal ou pela Constituição, de modo que pode subsistir, mas a jurisprudência não terá boa vontade com essas penas. A questão está em aberto, não é matemática, de maneira que teremos que aguardar a jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, se se alegar que algumas dessas penas afronta vedação constitucional, especialmente enquadrando-se entre as penas “de trabalhos forçados” ou “cruéis”, proibidas pela Constituição (art. 5.º, XLVII, *c* e *e*).

**74. Inaplicabilidade de penas de difícil execução —** Mas um argumento que não é nada jurídico pode servir para a antevisão do destino das penas do art. 78, imaginando a pouca aplicação prática: é que essas penas são de difícil execução e as penas de difícil execução atraem muita má vontade do julgador, porque é terrível para o Juiz impor uma pena que não possa ser executada.

Essas penas, por exemplo, interdição temporária de direitos: que direitos? estão em aberto. Imaginem o Juiz com o processo: que direito ele vai interditar? Não se aplica nesses termos o Direito Penal. Direito Penal é direito preciso: cometeu o crime ou não cometeu o crime e qual a consequência precisa. Se essa providência exige grande exercício de antevisão de pormenores não discutidos no contraditório judicial, naturalmente não será jurisdicionalmente preferida. E da mesma forma a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, que cheira, para o Juiz, a exposição ao escárnio público, matéria que, se não é cruel, ao menos é publicamente vexatória. O Judiciário normalmente é avesso a aparecer na imprensa. O sentido comum da magistratura repudia isso. Além disso, se o condenado não paga, abre-se um outro incidente para encontrar o caminho de uma execução custosa. Como encaminhar a solução? E a prestação de serviços à comunidade, como está o sistema de execução das penas, a cargo do Executivo, que historicamente não prioriza o setor, é um sonho de uma noite de verão, em que, à falta de serviços especializados, que incumbe ao Governo Estadual implantar, geram-se coisas estapafúrdias. Outro dia julguei um caso em que um motorista, dirigindo embriagado, atropelou uma pessoa. O Juiz, procurando ser criativo, acabou aplicando a ele a obrigação de proferir palestras numa auto-escola local, a respeito das regras de trânsito. Mas quem? O atropelador? Estranho professor de trânsito esse, um mau motorista declarado como tal por sentença transitada em julgado! Está muito difícil criar alguma coisa razoável em torno da prestação de serviços à comunidade, que poderia ser pena utilíssima, mas que vem se perdendo. Cheguei a imaginar, e algum dia vou propor, que essa pena possa transmutar-se em doação em dinheiro ou bens a instituições de caridade necessitadas, como no exemplo que dei de julgamento visto na Alemanha, usando do permissivo mais amplo da Constituição Federal, que estabelece a pena de “prestação social alternativa” (art. 5.º, XLVI, *d*). Não se pode perder a boa criação em casos bizarros ou teratológicos como o de que me falaram um dia, da condenação de um Médico, por delito culposo no trabalho, à pena de prestação de serviços em um hospital público: se era um Médico que precisou ser condenado devido a culpa na atividade médica, com a pena imposta quem estaria sendo executado? Ele ou o paciente que seria obrigado a sofrer-lhe a intervenção profissional?

III) DR. LUCIANO AMARO:

**75. Preocupação com os executores diretos da lei — DRA. MARIA**





ELIZABETE: Vamos passar à intervenção do Dr. Luciano da Silva Amaro. DR. LUCIANO AMARO: Eu queria em primeiro lugar manifestar a nossa satisfação de poder ouvir uma voz ponderada, assentada, que tem a cabeça informada pelo melhor Direito e ao mesmo tempo tem os pés no chão, tem os pés na realidade e sabe olhar os fatos da vida não como técnico frio do Direito mas como uma pessoa humana que interage também na sociedade e, portanto, tem os pés postos firmemente no chão e a cabeça no lugar. É bom saber que este emaranhado de regras mal escritas, embora talvez imbuídas dos melhores propósitos românticos, vai passar, necessariamente, pelo crivo de pessoas sensatas e de pessoas que vão saber aplinar as muitas arestas e, claro, com colaboração da doutrina, e a própria vivência prática vão, certamente, coibir os abusos. O problema, no entanto como já se disse, é o guarda da esquina; o problema é o primeiro impacto; o problema é superar, realmente, esses primeiros obstáculos.

**76. Linguagem: “imediatamente” e “indevidamente”** — E vejo nesse capítulo aqui, com uma certa preocupação, algo que está se tornando muito comum no labor legislativo, não só do Legislativo propriamente dito, mas do Executivo, quando legisla, fazendo as vezes do Legislativo: eu acho que precisava que fosse dado aos legisladores ou quem faz as vezes deles um manual de colocação de advérbios e adjetivos, porque é uma catástrofe o emprego de advérbios e de adjetivos. Esse exemplo que está sendo colocado aqui é gritante! O advérbio está fora do lugar! Dá a impressão de que as palavras caíram ao chão e foram amontoadas e o advérbio ficou fora do lugar. Aliás, já foi dito aqui em palestra anterior que o “injustificadamente” devia estar no final. É evidente que ele deveria estar no final. Porque o que não se pode é expor o consumidor a ridículo e nem interferir injustificadamente no trabalho dele, no descanso, ou no lazer. Aí sim, o fulano é jogador de futebol de um time, está lá no meio do jogo e interfere, realmente. Vai bater o pênalti e: “Olha, eu vim aqui cobrar...”. Ou no teatro, no meio da peça, alguém se levanta na platéia “olha, eu vim cobrar a dívida”. Ora, é evidente que isso não pode ser feito. Tem que ter o advérbio aqui e não lá atrás, quer dizer, o ridículo não pode ser justificado. Agora, interferir com o descanso, com o lazer ou com o trabalho...

DR. SIDNEI BENETI — É deturpação atual da língua portuguesa. Quando começam a usar os verbos transitivos diretos com “de que”, vem a lei e troca o “de” por “com”, no caso de interferir...

**77. Informação relevante (art. 73)** — DR. LUCIANO AMARO: Outra coisa: os adjetivos. No art. 66, fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante. Portanto, omitir uma informação que não seja relevante, tudo bem, não é crime; ainda que diga respeito à quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço. Mas só aquilo que é relevante, se omitido, caracterizará o tipo penal. Ora, quando se vai para o art. 73, já não aparece o adjetivo: “Deixar de corrigir informação sobre o consumidor”. Então o fulano é casado, ou solteiro, ou se separou, eu não corriji esse dado sobre estado civil, é crime? É. Meu Deus, teria que ser informação relevante, informação que pudesse afetar o crédito desse consumidor, e ser uma informação, claro, errada, incorreta, mas além disso, algo que fosse relevante.

Se usarmos os critérios técnicos de interpretação, onde o legislador distingue, eu tenho que distinguir; onde o legislador não distingue eu não posso distinguir. Ora, eu não posso usar os critérios técnicos de interpretação de uma lei, a não ser que essa lei tenha sido redigida segundo esses critérios. É como o problema da palavra ociosa; a lei não contém palavras ociosas. Contém, sim! A todo momento a gente encontra palavras ociosas. Agora, ela não deve ter palavras ociosas, que é outro problema.

**78. Serviço de “alto” grau de periculosidade — (art. 65)** — Art. 65: “Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação da autoridade competente”. Então, admitamos que a autoridade competente — e a incompetente não poderia, é claro — determinou. Mas, se o serviço, apesar de perigoso e apesar de ser executado contra a determinação da autoridade, não apresentar um alto grau de periculosidade, aí não é crime. Então vejam, a adjetivação imprecisa, aberta, às vezes aparece, quando ela talvez pudesse ser dispensada, e não parece quando deveria ter sido utilizada. Então isso cria, realmente, para o intérprete, um problema terrível, que realmente consiste em reescrever a lei. Porque o legislador ora diz mais do que deveria ter dito e ora diz menos do que deveria ter dito. Ou seja, temos que fazer um trabalho de

reescrever o texto, para poder descobrir onde é que está aquela conduta ou aquele grau de gravidade de conduta que o legislador quis apenar.

**79. A redação da parte penal** — DR. SIDNEI BENETI — Infelizmente não tive possibilidade de levantar a tramitação da redação da parte penal da lei, mas a revisão final, ao menos no que diz respeito ao de que vimos tratando, deixa impressão final comprometida. Compare-se com a redação do Código Penal. O escrito final do Código do Consumidor parece redação mais acostumada a normas burocráticas e não normas penais, a própria forma de redação vernácula realmente não é boa. Tenho cópia do Código do Conar, o Conselho de Auto-regulamentação Publicitária, e ele é melhor. Evidentemente, é depurado pela prática. O pessoal de redação vai trabalhando naquilo e vai chegando a um ponto em que sabe os pontos específicos, em que a prática recomenda cristalizar alguma coisa como norma.

DR. LUCIANO AMARO: É, às vezes se tem a impressão de que, sem nenhum demérito para os estudantes, porque todos nós fomos estudantes e continuamos sendo, alguns textos legais são escritos por estudante de Direito, como o caso aqui citado pelo Dr. Sidnei, da lei de sonegação fiscal, que além de arrolar os crimes, declara expressamente que os fatos ali não descritos não constituem crime. E depois vem o regulamento de matéria penal, uma coisa curiosa, e acrescenta o que faltava, e aí algum estudante aplicado de Direito Penal (tinha estudado o princípio da irretroatividade da lei penal) esclareceu no regulamento que mesmo aqueles fatos, quando praticados antes da vigência da lei, também não seriam punidos. Então é um trabalho que muitas vezes parece ser, realmente, de amator. Ou de alguém que começou a ter algumas noções, mas não conseguiu, realmente, fazer perfeita a coisa.

IV) DR. ARIIVALDO VIEIRA:

**80. A influência possível na origem do texto legal (art. 71)** — Agora, só uma última pergunta e não é gozação. O artigo 71 que protege o mau pagador foi feito, como o senhor disse, porque alguém devia estar sendo cobrado lá?

DR. SIDNEI BENETI: — Pode ser. Algumas coisas parecem ter sido criadas em função de problemas concretos de pessoas que possam ter tido influência na elaboração da lei. Isso ocorre e é bom que nós não tenhamos ingenuidade não. Uma vez, enquanto Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça fui fazer um levantamento sobre ofensas ao Judiciário, muitas manifestações mais agressivas que o normal contra o Judiciário, e vi que havia um poderoso “litisconsórcio” de pessoas que perderam ações, foram processadas, pessoas insatisfeitas com julgamentos, mormente de questões patrimoniais ou de família. E quem pode dizer que tem toda a razão numa complexa questão de família, em sua consciência? Constatei no levantamento que grande parte dos que atacavam extraordinariamente o Judiciário era composta de ressentidos ou descontentes com suas decisões, pessoas que registravam inesquecíveis experiências. Talvez no âmbito de elaboração da lei possa ocorrer algo parecido, alguém muito presente ou de peso na atividade de criação da lei que já tenha sido, digamos, com imenso desgosto, sido cobrado, com rudeza e tenha influenciado a elaboração do art. 71. E nem precisaria ser alguém ocupante de alto cargo, ou dotado de força política institucional. Já vi um caso em que a influência era de um ascensorista que falou com todo mundo sobre um caso em que um parente tinha interesse... Alguém que tinha sido indevidamente cobrado, a ponto de se sentir vexado, pode sim, ter tido influência no surgimento da norma, que seja como for, é regra de Direito, que terá de ser aplicada, pouco imputa a origem do preceito.

**81. A notificação prévia no caso de delito de apropriação indébita (art. 71).** DR. ARIIVALDO VIEIRA: — É o antiestelionato. A pergunta, eu disse que não era gozação, porque todos os Professores que já tivemos a oportunidade de ouvir fizeram críticas a este artigo. Nós vivemos na nossa área criminal inúmeros casos de apropriação havida por erro onde a jurisprudência determina a notificação prévia para a caracterização desse delito. E a notificação, via Cartório de Registro de Títulos e Documentos, naturalmente tem que descrever o fato e descrevermos a norma também do art. 169 do Código Penal. Parece que esse art. 71 agora vai inviabilizar. Queria ouvi-lo sobre como nós poderemos proceder a uma notificação de maneira que não seja encarada como uma ameaça, coação, constrangimento moral, afirmações incorretas ou de qualquer outro procedimento, porque nesse qualquer outro procedimento cabe tudo aí.



DR. SIDNEI BENETI — Em termos de notificação não há problema, porque não causa mal quem exercita o próprio direito. Quem exercita o próprio direito não pode ser tido como quem esteja imbuído do ânimo de prejudicar. A notificação, com a narração do fato ou a cobrança descrevendo o ocorrido, sem cargas emocionais, sem que haja acréscimos de adjetivação, não será de forma nenhuma abrangida por esse “qualquer outro procedimento que exponha o consumidor a ridículo”. Isso não será abrangido, nem a notificação, nem a carta de cobrança.

DRA. MARIA ELIZABETE: — Nem o protesto.

DR. SIDNEI BENETI: — Nem o protesto do título, naturalmente.

ARIOVALDO VIEIRA: — Ainda que diga: “sob pena de serem adotadas as medidas cíveis e criminais”?

DR. SIDNEI BENETI: — “Sob pena de serem adotadas as medidas cíveis e criminais”, sim... Não vejo problema em “ameaçar” que vai exercitar o direito por intermédio do Judiciário, em que há garantia total dos interessados. Aqui não ocorrerá a ameaça tecnicamente banida, que é a de causar mal injusto, mas apenas ameaça no sentido leigo, de tomar providências justas, ainda que graves.

82. **“Trabalho, descanso ou lazer”.** — DRA. MARIA ELIZABETE: A última parte do dispositivo chega realmente a ser ridícula, porque ele diz: “a cobrança que interfira com o trabalho, descanso ou lazer”. O credor simplesmente ficaria impedido de cobrar dívidas a qualquer momento, quando a pessoa estaria trabalhando, descansando ou no lazer...

DR. SIDNEI BENETI: — É, inclusive já é um pouco complicado distinguir descanso de lazer. Realmente aqui não há maneira. Só se se cobrar, quem sabe, quando o devedor estiver dormindo...

DRA. MARIA ELIZABETE: — Não, está descansando. Quando ele estiver se locomovendo de um lugar para outro, talvez num ônibus ou no carro...

ARIOVALDO VIEIRA: — Mas aí expõe ao ridículo...

DR. SIDNEI BENETI: — Esse dispositivo não vai chegar a nada. Aqui o Juiz vai olhar e pensar o seguinte: foi uma atividade totalmente anormal, totalmente absurda, uma coisa assim que, se o Juiz visse, se sentiria molestado ou incomodado apenas de assistir à humilhação? Foi alguma coisa assim? Aí se configurará a infração. Como o caso de publicar no jornal ameaçando. Isso acontece, se bem que surta o efeito contrário. Certa vez assumi uma comarca e a primeira coisa que vi no jornal foi assim: “Eu, Fulana de tal, declaro que não sou o que maldosamente dizem a meu respeito... etc.”. Não sei até hoje o que diziam, nem conheço a pessoa, mas sei até hoje seu nome e sei que disseram alguma coisa contra ela, importante a ponto de necessitar de resposta pela imprensa! Mas uma ameaça pela imprensa, uma humilhação pública, poderia configurar o delito, visto na normalidade das coisas.

83. **Sigilo Bancário** — DR. LUCIANO DA SILVA AMARO. Eu tenho uma dúvida, Professor Sidnei: o § 4.º, do art. 55, diz que os órgãos oficiais poderão expedir as notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor. E diz: “resguardado o segredo industrial”. Em vista deste “resguardo” que foi dado no segredo industrial o sigilo bancário não estaria também resguardado<sup>(5)</sup>? São aquelas notificações para que os fornecedores informem sobre questões de interesse do consumidor, sob pena de desobediência. E o dispositivo diz: “resguardado o segredo industrial”, quer dizer, aquilo foi objeto de sigilo industrial, está protegido. Não se é obrigado a informar. Mas há na legislação o sigilo bancário e inclusive constitui infração penal a queda do sigilo bancário, prevista na lei do sistema financeiro.

DR. SIDNEI BENETI: — As normas são harmônicas, a meu ver. O que o Código do Consumidor fez foi explicitar uma hipótese de resguardo, que é o segredo industrial. O segredo industrial não pode ser entendido como suficientemente amplo de modo a abranger o sigilo bancário que não foi resguardado expressamente por esse dispositivo. São coisas completamente diferentes, são expressões técnicas que têm sentidos precisos. Mas, sem dúvida, o Código não mexeu na regra atinente ao sigilo bancário, de forma que o sigilo bancário continua sendo tutelado por outra norma, pela norma de regência do sigilo bancário na lei específica (Lei n.º 4.595, art. 38). Acho que está ressalvado pela

(5) Ver n.º 14, *supra*, parte final.

regra da especificidade do sigilo bancário, cuja revogação exigiria expressa e não implícita aplicação do art. 55, § 4.º, do Código de Referido Consumidor.

DR. LUCIANO AMARO: — Então essa ressalva está feita, mas é incompleta.

DR. SIDNEI BENETI: — Poderia ser explícita, mas não era imprescindível, no caso.

DR. LUCIANO AMARO: — É específica do segredo industrial, mas foi a única coisa que ela resguardou.

DR. SIDNEI BENETI: — No caso do consumidor, ela pensou só no industrial.

DR. LUCIANO AMARO: — E não pensou no Banco.

DR. SIDNEI BENETI: — Não pensou no Banco, e podia ter pensado, mas o Banco já estava protegido. O segredo industrial terá norma de proteção também que não foi mexida.

DR. LUCIANO AMARO: — Tem, tem o Código de Propriedade Industrial.

DR. SIDNEI BENETI: — Mas de qualquer forma, o sigilo bancário não foi tocado. As normas são congruentes, embora a nova norma pudesse ter sido escrita de outra forma. Poderia ser: “ressalvados os segredos estabelecidos por lei”, ou “todos estabelecidos por lei”. Os outros prestadores de serviço terão problemas, mas acho que os Bancos não, no tocante ao sigilo bancário.

DR. LUCIANO AMARO: — Quem tem obrigação de sigilo vai ter problemas em face dessa ressalva incompleta.

DR. SIDNEI BENETI: — É. Aqui poderia ter sido utilizada uma forma genérica como: “ressalvado o sigilo legal”.

DR. LUCIANO AMARO: — Exato.

DR. SIDNEI BENETI: — Aquilo que está na lei já é sigilo e, se não foi expressamente suprimido, continua sendo, assim como serão sigilosas as informações que vierem a ser protegidas por sigilos novos que se instituírem.

**84. Termo de Garantia (art. 74).** DR. LUCIANO DA SILVA AMARO: — Eu tenho uma dúvida também com respeito ao art. 74: “Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia, adequadamente preenchido com a especificação do seu conteúdo”. É isso está excessivo em termos de norma penal, porque essa conduta não é uma conduta que afronta com valores grandes. Eu fico me perguntando quanto à autoria desse crime. Há o fabricante que dá a garantia e há a loja, que é quem vai entregar essa garantia. Isso aqui vai girar em torno de uma prova absolutamente inviável e a meu ver não vai ser aplicada nunca.

DR. SIDNEI BENETI: — Concordo. Não vai. Só vai ser aplicada no caso em que estiver comprovada a exigência do termo de garantia, porque a prova, no mais, vai se esvaír. Mas, neste caso pode vir a ser aplicado, se vier a ser exigido pelo consumidor e se comprovar, efetivamente, que exigiu o termo de garantia de quem estava entregando a mercadoria. Mas mesmo com a exigência por parte do consumidor, será difícil responsabilizar o sonegador da garantia, porque, se o fornecedor for consciente, poderá alegar que não tinha o termo de garantia, que não o recebeu do fabricante e lembre-se que será difícil incluir o fabricante como co-autor do delito do art. 74, porque este visou especialmente ao fornecedor direto ao prever a não entrega “ao consumidor”, ato final. Salvo o caso de bom trabalho probatório e de efetivo assentimento psicológico do fabricante para negação da garantia, será difícil responsabilizá-lo.

VI — DR. MANOEL REZENDE NETTO:

**85. Falta de Sistematização Legal:** — Professor, em primeiro lugar, meus agradecimentos pela magnífica palestra. Eu já conhecia o eminente Professor da Magistratura, já tive oportunidade de ter despachos magníficos, na época em que tinha a minha banca profissional.

E a gente está, realmente, naquela situação de perplexidade diante de um Código que, apesar de toda a boa vontade que se possa dar na sua interpretação, realmente faltou alguém para sistematizar a matéria que está aqui. A gente percebe, evidentemente, a quantidade de falhas devido à falta de sistematização. Então eu acho que a interpretação que o senhor deu, que afirmou, a respeito de aplicação da parte geral do Código Penal, vai ser muito importante quando estiver em conflito com a parte especial desta lei. Porque, evidentemente, se não for assim, a gente vai ter só excrementos. E a falta de sistematização parece que hoje não é privilégio desta lei de defesa do consumidor. É em geral, em toda legislação que tem saído. Há pouco tempo eu estava lendo alguma coisa a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde estavam se demonstrando, realmente, as incoerências: onde um beijo dado em menor



de 14 anos, conforme a forma, pode caracterizar um crime mais hediondo do que um homicídio. Quer dizer, a pena é muito maior.

DR. LUCIANO AMARO: — A legislação está desequilibrada.

DR. MANOEL REZENDE NETTO: — É, completamente desequilibrada. Então não há aquela sistematização para se comparar o que já existe em termos de penas.

Então a gente percebe, por exemplo, o sistema de fiança, o valor da fiança que está sendo instituído aqui é supervalorizado, diante de crimes de muito maior periculosidade. Há crimes aí onde a pena é muito maior e a fiança é pequena. Realmente, há essas contradições que só depois de passarem pelo filtro do Poder Judiciário, quer dizer, a aplicação na prática, efetiva, é que se vai dosar esse Código do Consumidor, no meu modo de entender.

**86. Os Vetos da Contrapropaganda** — Eu estou apenas levantando um problema e não sei se consegui ler, efetivamente, com atenção, mas o art. 56 mantém como infração administrativa no item 12 a imposição de contrapropaganda. Mas, no entanto, quando foi vetado no art. 37, §§ 4.º e 2.º do art. 60, o § 3.º, foi dito com justificativa, que a imposição de contrapropaganda, sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos, pode dar ensejo a sérios abusos que poderão remontar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se vê, aliás, no disposto no § 3.º do art. 60.

Ora, dá a impressão que quem fez também os vetos se esqueceu de verificar a seqüência, porque foi mantida lá na frente a contrapropaganda genérica, sem nenhuma especificação, quando aqui atrás foi feito o veto, justamente em razão da generalidade. Ora, não sei como interpretar daqui para a frente aqueles dispositivos. Estariam vetados implicitamente, ou não?

O DR. SIDNEI BENETI: Não, não há veto implícito.

DR. MANOEL REZENDE NETTO: Mas veja o senhor o absurdo a que nós chegamos: como não há veto implícito, nós vamos chegar a uma situação contraditória, ou seja: foi feito um veto justamente para impedir aqueles efeitos, que continuaram dentro do Código.

DR. SIDNEI BENETI: Qual o dispositivo do veto que o senhor mencionou?

DR. MANOEL REZENDE NETTO: É o artigo 60, §§ 2.º e 3.º do CC.

DR. SIDNEI BENETI: Acho que eles não tiraram a medida legal de contrapropaganda, mas tiraram um pouco da efetividade prática. Foi essa a impressão que eu tive, mas não tinha atinado com essa precisão. A minha impressão é de que entenderam que esse dispositivo específico, que foi vetado, estava muito impreciso e que nos outros se poderia, ainda que com esforço, chegar a uma interpretação que ainda preservasse casos da contrapropaganda. Tenho a impressão de que não fulminou tudo, não. A razão do veto está só em: “a imposição de contrapropaganda sem que se estabeleçam parâmetros legais precisos, pode dar ensejo a sérios abusos, que poderão redundar até mesmo na paralisação da atividade empresarial, como se vê, aliás, no disposto no § 3.º.

Mas o veto, realmente, foi um golpe muito fundo no sistema. Eu acho que vai pesar muito na interpretação, podendo praticamente inviabilizar a contrapropaganda. Foi um golpe, realmente, muito duro, porque os fundamentos do veto fatalmente serão transpostos, pela interpretação, na prática, ao dispositivo não vetado.

**87. Os vetos sobre a Competência Administrativa** — No mesmo sentido, Dr. Sidnei, nós temos um veto também ao § 2.º do artigo 5.º. Ele também foi objeto de veto. E segundo a *Gazeta Mercantil*, o motivo do veto, diz lá no final: “a cláusula prevista no § 2.º foi quanto à atribuição genérica, incompatível com a segurança jurídica dos administrados, pois enseja a possibilidade de ser um mesmo fato objeto de fiscalizações simultâneas pelos diferentes órgãos”. Então esta foi a motivação do veto. Mas, lá na frente, no § 1.º do art. 55, nós temos essa mesma fiscalização efetuada, o controle — e ela é mais abrangente —, pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

DR. SIDNEI BENETI: Esse veto, no meu modo de ver, não estava equilibrado, porque realmente a fiscalização, controle, a legislação, a elaboração de normas, cabem aos três níveis. Então, aqui, talvez, tenha sido uma certa má vontade com a redação que estava imprecisa. Então foi vetado um deles. Mas a sua observação é bem certa, porque o veto não evidencia congruência. Por outro lado, veto é uma coisa muito difícil de se fazer, porque se tem de vetar o texto integral, não se pode reescrever, não se pode interpretar. O que há de concreto é o seguinte: continuam os três entes da federação realmente com competência. Nem precisaria ter sido escrito isso tudo, é a Constituição Federal.



**88. Outras Incongruências nos Vetos** — DR. LUCIANO AMARO: É curioso observar que quando se interpreta a lei, uma das técnicas é procurar uma visão sistemática dos dispositivos. Então vai se ver aquilo que a lei, como um todo, quis sistematicamente. Eu não sei se a gente poderia, talvez, extrapolar esse conceito, para ver o que o Poder Executivo, que é titular de uma parcela do Poder Legislativo, na medida em que ele colabora com o Congresso na feitura das leis, se nós também não podemos interpretar, ou pesquisar a intenção do veto, no sentido de dar a ele uma visão sistemática, porque não faz sentido vetar um dispositivo, especialmente o parágrafo do 37, que cominava uma outra penalidade, ou uma outra sanção civil, e dizia “sem prejuízo da contrapropaganda”. Aí esse dispositivo inteiro foi vetado com o argumento de que ele está tratando da contrapropaganda! Mas ele apenas ressalvava. Ele dizia que o consumidor tinha direito a isso, aquilo, perdas e danos, “sem prejuízo da imposição de contrapropaganda”. Ora, a razão do veto foi a contrapropaganda. Se a Constituição não proibisse, provavelmente o Executivo teria vetado só um pedacinho, “sem prejuízo da contrapropaganda”, mantendo o resto. Este só vetou tudo por causa da ressalva da contrapropaganda. Então, realmente, não faz sentido ele ter mantido em outro dispositivo a penalidade de contrapropaganda. Por outro lado, se é assim, é difícil crer que se revogassem os parágrafos do artigo 60, sem que se olhasse o *caput*, porque é o *caput* está falando da “imposição de contrapropaganda”. E um dos parágrafos, curiosamente, era aquele que admitia a ampla defesa do fornecedor. Então fica a pena e o parágrafo que falava da ampla defesa, caiu. Eu acho que o veto também foi feito de uma maneira...

**89. O Ativismo de duas épocas: o choque entre a redação dos projetos e a redação dos vetos** — DR. SIDNEI BENETI: Na verdade, nós temos aqui o embate de duas épocas no Brasil, num curtíssimo espaço de tempo. Num curtíssimo espaço de tempo nós temos dois pensamentos completamente diferentes. E ambos, à sua observação de que precisaria de mais sistematização, eu colocaria uma palavra: faltou uma visão de ponderação geral de tudo, ponderação no sentido etimológico de falar: pesar todas as partes, de modo a formar um todo bem equilibrado. São atuações igualmente ativistas, tanto a da elaboração do Código, quanto a dos vetos, senão não teria sido utilizada essa linguagem. As incongruências dos vetos vêm no mesmo sentido das incongruências do texto do Código: faltou, realmente, ponderação. Foram colocando coisas, e muitas delas até com sentido de hostilidade, de malquerenças, de pequenos ressentimentos pessoais ou meras “birras” ou preocupações preconceituosas. Está muito comum isto na atualidade brasileira. Pensa-se numa pequena coisinha e a hostilidade surge ali, em determinado momento, por nada, criando palavra-de-ordem que se transforma em lei. A conotação emocional de guerrear ou privilegiar quebra a racionalidade sistemática.

**90. Incoerência em outros casos da legislação recente** — A incongruência sistemática da lei é tremenda no Brasil. O exemplo a respeito da fiança foi lembrado e existem outros também, muito sérios. O Judiciário vai analisar tudo isto e preservar o que for mais importante, porque o mais leve, contingencial, não vai ficar. Não vai ficar porque, se vai haver uma interpretação sistemática de todo o Direito, de como é escrito e de como deve ser, havendo incoerência no escrito o dever ser acabará prevalecendo judicialmente. Um bom exemplo de incongruência sistemática, a meu ver, está na infração de discriminação, discriminação racial, por exemplo. A discriminação racial é infração imprescritível e punida com pena severa. É imprescritível e infiançável. O acusado não pode responder em liberdade. Ora, o homicídio é prescritível e afiançável, de forma que, se alguém estiver para cometer um crime de discriminação racial — por exemplo, a pessoa quer entrar num restaurante e o dono não deixa e ofende a raça da pessoa que quer entrar, aí ele responderá, preso, sem fiança, sem liberdade provisória e é acusado de crime imprescritível; mas, se ele puxar o revólver e matar a pessoa que quer entrar no restaurante, ele responderá solto, o crime é prescritível, afiançável e tem liberdade provisória. Está assim a legislação brasileira, e vamos ver onde isso vai parar.

DR. SEBASTIÃO SILVEIRA DUTRA: Parece que a tortura também.

DR. SIDNEI BENETI: A tortura também, no aspecto processual, porque não se tipificou o crime de tortura. Se o agente torturar e matar aí é homicídio, porque o maior absorve o menor. Quer dizer, no homicídio, mediante tortura, ele responderá em liberdade. Então, quer dizer, será um incentivo ao torturador matar o torturado...



## VII) PLATÉIA — REPRESENTANTE DE CIA. DE SEGUROS

91. **A reposição de peças em consertos** — Eu quero, inicialmente, cumprimentar o Itaú e o Dr. Beneti, pela palestra muito útil e profunda que nos deu. Eu sou de companhia de seguros, esperava que o Dr. Rezende, o nosso representante na mesa, já tivesse levantado qualquer coisa. Há, entretanto, alguns dispositivos a respeito da atividade securitária e eu queria levantar um ponto de uma maneira rápida, que efetivamente nos preocupa: o art. 14 diz que o fornecedor de serviços responde independentemente de existência de culpa, pela reparação de danos causados, etc. Vêm depois o 20 e 21 e também manifestam responsabilidade do fornecedor de serviços — as companhias de seguros, acho, especificamente aí incluídas.

Nas sanções, justamente no capítulo sobre o qual V.Exa. acaba de nos dar essa magnífica aula, o art. 70 fala justamente numa atividade, ou no exercício de uma atividade, que chega a ser até um pouco ridícula, que é o emprego de peças usadas quando lá no 21 fala em “peças originais e novas”. Ora, uma das grandes atividades das companhias de seguros é o seguro de automóvel. E fica a cargo das companhias de seguros a reparação dos veículos sinistrados. Como ficariam as companhias de seguros, se o art. 75 as coloca como co-autoras pela responsabilidade que possam ter aquelas oficinas de reparação de veículos, que utilizarem, eventualmente, ou peças que não sejam novas e originais, ou que empreguem na reparação de produtos, peças já usadas?

DR. SIDNEI BENETI: São duas responsabilidades diferentes. Na órbita civil, o art. 14 (fora a redação — essa redação é desastrosa —, “os fornecedores de serviços respondem, independentemente da existência de culpa...” “existência”, está ruim este termo, deveria ser “independentemente da demonstração de culpa”, “demonstração judicial”, um fato em meio à prova judicial, não a “existência da culpa”) o art. 14, repito, na órbita civil, coloca uma questão civil e nela a seguradora terá responsabilidade presumida. E, no caso específico das peças, elas devem ser — em âmbito civil — peças novas. Quer dizer, se o lesado não concordar com peças usadas, são peças novas que devem ser colocadas. Esse é o comando da norma. Agora, na parte penal, foi isolado um tipo de atividade, um tipo de atividade enganosa, de se levar a pessoa a imaginar que está sendo colocada a peça nova quando está sendo colocada peça velha, de modo que há atividade material e elemento subjetivo consistente no logro perpetrado contra o segurado. No momento em que a seguradora ou qualquer contratante efetuar o reparo, surgirão as duas ordens de responsabilidade: a cível é presumida do fato de colocação de peças usadas em vez de novas e, se a seguradora determinou a oficina, será responsável pela lesão ao consumidor; a responsabilidade criminal, ao contrário, não será presumida: será preciso verificar se o representante da seguradora que dirigiu o segurado àquela oficina e acertou aquela realização daquele serviço sabia que estava sendo iniciada uma atividade típica de colocação de peças que não fossem originais, para que possa ser responsabilizado, à luz da responsabilidade pessoal pelas infrações penais. Se sabia, enganou o consumidor, em co-autoria com quem tiver agido na oficina, de modo que haverá a co-autoria, caso contrário, não. Não vejo comunicação automática das duas normas, que se orientam por padrões diversos de responsabilização, embora, naturalmente, a norma civil reforce a criminal.

PLATÉIA — REPRESENTANTE DE COMPANHIA DE SEGUROS — Eu peço licença só para esclarecer que as companhias de seguros, nós todos aqui sabemos, têm, naturalmente, aqueles Inspetores de Veículos que vão às oficinas e examinam as peças e aprovam os orçamentos previamente feitos. Mas a execução do serviço e a entrega posterior ao segurado não são acompanhadas pela seguradora. É como se procede e como se comportam esse serviço as companhias de seguros.

DR. SIDNEI BENETI: O representante da seguradora não pode ficar o tempo todo com o Mecânico para ver se ele está colocando esta peça ou aquela. Se o agir danoso é exclusivo do Mecânico, então aí não há responsabilidade penal do representante da seguradora. A responsabilidade objetiva foi discutível no cível, mas o código a colocou e, portanto, vai ser aplicada, nem que seja devido ao impasse probatório. No crime, contudo, isso não existe, não se presume a responsabilidade sem nexo de causalidade a envolver pessoalmente o agente.

## VIII — DRA. MARIA ELIZABETE:

92. **Encerramento e agradecimento** — Não havendo mais questões,



agradeço mais uma vez ao Professor Sidnei e dou por encerrados os trabalhos de hoje, logo em seguida à sua manifestação final.

DR. SIDNEI BENETI: 93. **Agradecimentos do expositor** — Quero dizer que fiquei realmente muito sensibilizado com essa vinda ao Itaú, pela atenção que todos me dedicaram, os daqui da mesa, em que encontrei o carinho de gente que já conhecia há tanto tempo e com as quais tenho amizade que muito me honra: o prezado Professor Cláudio Lembo, amigo desde antes de entrar na Magistratura, quando eu era ainda estudante de Direito: o meu primeiro trabalho jurídico publicado na *Revista dos Tribunais* foi apadrinhado pelo Professor Cláudio Lembo; aliás, só publicaram por isso, deve ter sido um problema sério lá, porque ele fez “propaganda enganosa” de trabalho; Luciano da Silva Amaro é contemporâneo e amigo de Faculdade, trabalhamos juntos na heróica equipe que fazia apostilas para a Faculdade, um brilhantíssimo aluno da Faculdade de Direito da USP, se eu tivesse sido aluno como o Dr. Luciano foi, certamente teria sido disputado pelo mercado de trabalho, talvez não estivesse na Magistratura. Ao Dr. Rezende, Dr. Ariovaldo, pessoas a quem já conhecia da atividade profissional, agradeço muito. Dr.<sup>a</sup> Elizabete, incansável e gentil como grande estudiosa do assunto e eficiente coordenadora, fico-lhe muito grato.

Fiquei sobretudo muito impressionado com o interesse manifestado pelo auditório. O auditório, que realmente acompanhou com amável atenção o desenrolar desta sessão, está-se preparando para aquela parte do trabalho mais importante, que é a aplicação prática da lei. A aplicação prática da lei, não se esqueçam nunca, ela faz a lei. Os que são gentis com os Juízes, dizem: “a lei é boa ou ruim, dependendo do Juiz que a aplica”. É verdade, em parte. Mas o Juiz, ao aplicar a lei, depende de como tenha sido já aplicado o direito pelos cidadãos e profissionais e depende de como lhes sejam trazidas as questões legais. Digo que a lei é boa ou ruim, dependendo da população que a aplica e dos operadores que com ela trabalham. Tive a imensa satisfação de encontrar pessoas interessadas, aplicadas, que vão fazer uma boa aplicação deste Código do Consumidor, fazendo a glória do Código do Consumidor e superando os seus defeitos, para o bem do nosso povo. Muito obrigado a todos.

